۷۴

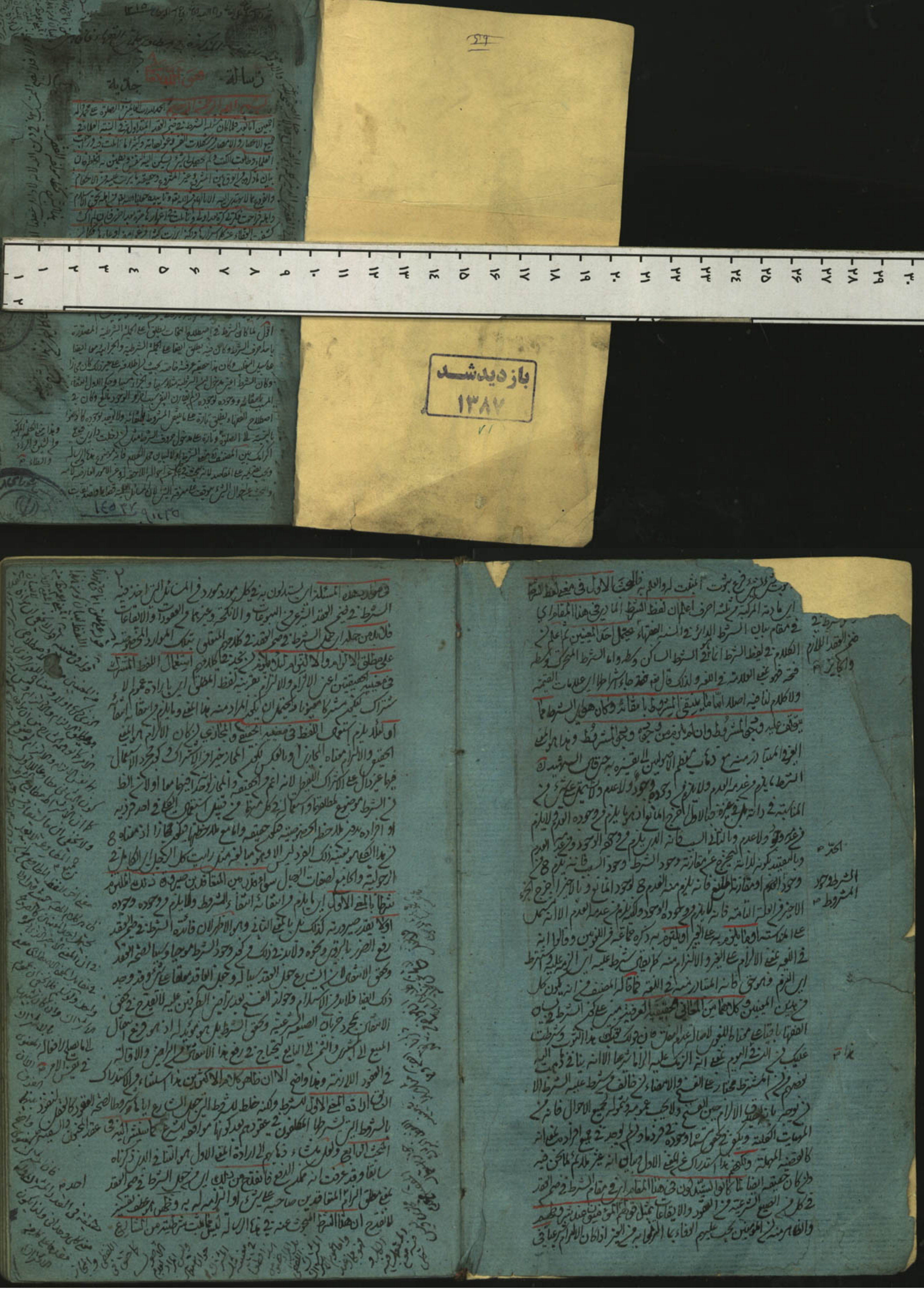
۶۴

عبدالله الحروی

رساله ضبره شروط [illegible] شروط
من ضمن العقد

۱۴۵۵۷
۹۰۳۵

رساله جدیده شرح رساله السید در مسئله شرط
فی ضمن العقد





رسالة جلالية

بسم الله الرحمن الرحيم الحمد لله رب العالمين والصلوة على محمد وآله
اجمعين اما بعد فلما كان مسئلة الشرط في ضمن العقد المتداولة في السنة العلماء في
جميع الاعصار والامصار من مشكلات الفن وعويصاته وكثيرا ما تاملت فيه وراجعت
العلماء وطالعت الكتب ولم يحصل لي شيء يسكن اليه النفس ويطمئن به الخاطر كان
بيان ما ذكروه في الفرق بين المشروع وغير المشروع وحقيقة ما يترتب عليه من الاحكام
والفروع مما لا يهتدى اليه الا بالهام من الله تعالى وتاييده جعلنا الله تعالى من اهله بحق الائمة عليهم السلام
واتعبت فكري كرة بعد اولى وتاملت في اغوارها مرة بعد اخرى فان لم اكن
كشفت الغطاء عن كل اسرارها ولكني ازلت كثيرا من غوامضها او عامة مشكلاتها
ودفع الاشكال راجيا بفضل فلا ريب اني ازلت محققات المعضلات ايضا فانه قد
فاظهرت بعض الاشكالات الجهيبة ورفعت بعضها وارجو من الله تعالى جلت نعمائه ان
يلهمني حقيقة كلها ولا بد في هذا المطلب في بيان مفهوم لفظ الشرط وحقيقة الشرط الجائز
والغير الجائز وفائدة الشرط وطريقة ذكره في ضمن العقد وهو يستدعي رسم مباحث
اقول لما كان الشرط في اصطلاح النحاة يطلق على الجملة الشرطية المصدرة
باحد حروف الشرط وكان حينئذ يطلق ايضا على الجملة الشرطية والجزائية معا ايضا
على سبيل التغليب وكان هذا معهم عرفية خاصة بحيث لو اطلق على غير ذلك كان مجازا
وكان الشرط اعني مدخول ان الشرطية مثلا سببا والجزاء مسببا وحكم الاول انتفاء
المسبب بانتفائه ووجوده لوجوده ثم لم يقارن النفي سبب اخر او الوجود مانع وكان في
اصطلاح الفقهاء يطلق تارة على ما ينتفي المشروط بانتفائه ولا يوجد لوجوده كالوضوء
بالنسبة الى الصلوة وتارة على مدخول حروف الشرط مثل ان دخلت داري فيعع
الكراهة بين المصنف كما مع الشرط اولا لبيان محل الكلام فانه موضوع هذه الرسالة
ويجب تقديمه على المقاصد لانه يبحث في علم عن احوال اللاحقة له وعن الامور العارضة له
والبحث عن احوال الشيء يتوقف على معرفة الشيء لان المسائل العلمية قضايا والتصديقات

١٤٥٣٧ ٩١١٤٣٥

بالمخصوص كالشرطية الغالبة والشارع بالخصوص في الطهارة عن الحدث والخبث
للصلوة وحلول الحول المذكورة اي لاستباحة الصلوة بها ووجوب اداء الزكوة
عنده ونحو ذلك كحصول العجز عن الطهارة المائية شرطا لجواز التيمم ونحوه
بل هو من جعل المكلفين مثل ان يشترط في النكاح ان لا يخرجها من بلدها او ان يذهب
بها الى الحج او ان يعلمها القران او يشتري لها جارية وغير ذلك فجوزه الشارع ان
كان مما جوزه الشرع فعله ولم ينه عنه فان اشتراء الجارية للزوجة من مجوزات الشرع
لان الناس مسلطون على اموالهم واما ما لم يجوزه الشرع بان كان قد نهى عنه فلا يصح
ولا فائدة كلية الا كونه مشروعا فيصح الالزام والالتزام به بلا قيد وكلام في الا كونه
غير مشروع فلا يصحان مثل ان يشترط في النكاح ان يشرب الزوج معها الخمر او ياكل
الخنزير فان تناولهما حرام وبالجملة كل شرط افضى الى ارتكاب الحرام فلا يجوز الالزام به
والالتزام بل لا يصح ومقتضى ذلك صحة الالزام على المكروه مثل [illegible] صلوة في الحمام
لكنه اذا ادى الى الحرام فلعل القول بعدم صحته حرج قوي وانه يمكن شرعا ان يجعل
ذلك الشرط محض الزام شيء وايجابه على احد المتعاقدين او كليهما من دون اشتراط
انتفاء العقد وانفساخه بنفي انتفائه اي بانتفاء الشرط لان الالزام لا دلالة
على انتفاء العقد الشرعي عند انتفاء الملتزم ولا على عدم انتفائه ايضا ولا دلالة للعام على
الخاص بوجه الا ان يتراضيا على العقد الاول او يجعل ذلك الشرط شرطا بمعنى تعليق
بقاء العقد واستمراره على حصول ذلك الشرط لكن ليس ذلك لاجل ان الشرط بمعنى ما
يلزم من انتفائه انتفاء المشروط لتوقف وجوده عليه بل لاجل ان ذلك احد فردي الالزام
الذي اختاره المتعاقدان وارتضيا به واما كون الشرط بمعناه المتداول بين
الاصوليين فلا لان الاصح عند عدم تحقق الشرط كواذ تراضيا بالبقاء وعند عدمه الحكم
عنه ان لم يرضيا لكنه ليس مختار المصنف لانه لا يلائم الاستدلال عليه بالنفي السابق
ولا يذهب عليك ان مراده من كونه مشروعا صحة الالزام والالتزام به وعين مشروع
وصحتهما هي مشروعيته وعدم مشروعيته بالذات فان اشتراط تعليم القران في النكاح امر
مشروع لذاته وكذلك اشتراط اكل الخنزير فيه امر غير مشروع ومحرم لذاته ولا يكون مشروعية
الشرط وعدمها من جهة الشرطية مع قطع النظر عن ذاته حتى يلزم ما ذكرنا من جهتها
فقط التناقض فيما ذكره او في القاعدة الكلية في الشرط هي المشروعية وعدمها
اذ يلزم من ذلك ان لا يكون مشروعية من جهة اذن الشارع عموما والله اعلم

فيه ان هذا يتجه لو كان تمام البحث في [illegible]

فيدار في الشرط لانه في الشرط الجائز

للمتبوع شرائط في توقفهما

محال فما وجه عدم كون المشروعية وعدمها من حيث الشرطية اولى بالمخالفة من لازمه
ولا يذهب عليك ايضا جواز كون كل منهما من حيث الذات والشرطية معا ايضا لكن لا
يمنع كون الهيئة المجموعية علة تامة بل يكفي جواز اضافة علية الذات الى الشرطية ايضا بلا
تفاوت في العلية ح فان قلت الشرط كما يكون بجعل الشارع ويكون مجعولا له كذلك
قد يكون الشرط المبحوث عنه في هذه الرسالة هو الشرط المجعول بجعل الشارع كما انه يكون
غالبا الشرط المجعول بجعل المشترط المكلف واذن النسبة بينهما عموم من وجه ومن
مقتضاه اجتماع الجعلين في مادة وافتراقهما في مادتين اخريين كما في [illegible]
فما ذكره المصنف من ان المراد من الشرط ههنا هو الشرط الحاصل بجعل المكلفين غير جيد
قلت وجه اما اغلبيته كون الشرط ههنا بالمعنى الثاني واما ان الشرائط التي جعلها
الشارع شروطا في العقود لغو فلا بد ان يكون المبحوث عنه ههنا هو الشرائط الجعلية بجعل المتعاقدين
لانه لا فائدة مهمة في ذكر الشرائط الشرعية مضافا الى ان كون النسبة العموم من وجه مم فتدبر
وبالجملة اي وبالخلاصة المراد من الشرط في هذا المقام وهو الشرط الذي يذكر في
ضمن العقد ويجعل تابعا له هو الزام شيء او التزام شيء والتغاير بينهما اعتباري فان
البائع اذا اشترط اتيان المبيع الى بيت المشتري فمن حيث انه قبل ذلك شرعا فهو ملتزم
له اي متقبل للزوم الاتيان ومن حيث ان المشتري الزمه على ذلك فهو ملزم له سواء
علق عليه حين جريان الصيغة استمرار العقد ام لا اقول بعد صحة ذلك التعليق
ان العقد قد وقع على شيء بدون تعليقه على شرط فيكون منجزا واما الشرط فهو تابع له لانه
في ضمنه ويجوز وجود المتبوع وتحققه بدون وجود التابع وربما يجعل المتعاقدان وجود التابع
علة لوجود المتبوع فيصير المتبوع ح كالفرع ووجود التابع كالاصل لكن ذلك بجعلهما وفعلهما
ثم ان التعليق في عرف الفقهاء جعل شيء وتحققه معلقا وموقوفا على وجود شيء اخر بحيث يخرج
عن التنجيز مثل اذا طلعت الشمس من هذا الجانب فانت طالق فانه جعل وقوع الطلاق
عليها معلقا على طلوعها من [illegible] يطلق عليه الشرط ايضا واما الشرط فالمتبادر منه في عرفهم
هو تعليق شيء على العقد مثل بعتك هذا الثوب وشرطت عليك ان لا تلبسه اليوم فان العقد
قد وقع منجزا ثم علق على وجوده شيء اخر في ضمن اجراء صيغته وبعد تحققه وبهذا افترق من
الشرط في ضمن العقد والظاهر ان جوازه في الجملة لا بطريق العموم ولا بطريق الخصوص
بل بطريق ايجاب السور اجماعي عند علمائنا الظاهر من الظرف قيد لقوله في الجملة لا للجواز
فيكون اشارة الى ان العامة يجوزونه مطلقا وبطريق العموم في العقود وهي افعال المكلفين
التي لا يحتاج فيها الى نية التقرب بها الى الله ونقصان هذا افضل بل الى طرفين بجريان العقد

ذكرم

واما الايقاعات وهي ما يقابل العقود فانه الا انها تحتاج الى طرف واحد مثل الطلاق فانه
يحتاج الى الزوج او الوكيل عنه ولا عبرة برضاء الزوجة وقبولها فيه فيجوز في بعضها
كالعتق مثل ان تقول ولدي عبدي هذا الحر والظاهر ان جواز الشرط فيه اجماعي كما يظهر
من كلام بعضهم ايضا ولا يجوز في بعضها كالطلاق وهو ايضا في الايقاعات عندنا
ويظهر من كلامه ان جواز الشرط في العقود بطريق العموم وفي الايقاعات بطريق الخصوص
والظاهر ان العموم ايضا بمعناه اللغوي كما لا يخفى فان قلت هذا مناف لقوله في اول بحث
جوازه في الجملة اجماعي قلت معناه ان جواز الشرط في الجملة في الايقاعات لا ان جوازه
في العقود اجماعي وبينهما بون بعيد وهو ظاهر واما تعليق اصل العقد وتعليق العقد
على تحقق شيء بان يكون الشيء شرطا نحويا والعقد جزاء نحويا مثل ان دخلت
داري فانت حر انتهى فالظاهر انه لا خلاف في بطلانه في العقود ونفي الخلاف وكذا
ظهور عدمه يفيدان الظن واغلب المسائل الفقهية مبنية على الظنون الشرعية لقلة القطعيات
منها فاستدلال المصنف ره عليه من باب اقامة آخر دليل واحد على المطلوب
او من باب ابداء وجه عدم الخلاف لتصير بذلك اقوى فان المراد بالعقد هو الانشاء
الموجب للنقل بالايجاب والقبول واصل النقل لا بد ان يحصل بنفس الانشاء
لان الانشاء احداث ما لم يكن موجودا وانتقال المثمن الى المشتري والثمن الى البائع
في الامور الممكنة الغير الموجودة فلا بد في وجوده من موجد والشارع قد جعل موجده نفس
الصيغ الانشائية لا غير مع وجود شيء آخر معها اقول ان كان مراده ره من التعليق ما ذكرناه
من جعل شيء شرطا مقدما والعقد جزاء ومؤخرا عنه فيرد عليه ان ذلك الدليل جار
بعينه في قولك انت حر ان قلت كذا لانه علق باجرته على الفعل المخصوص فيخرج به
عن التنجيز مع ان الظاهر من كلام بعضهم انه شرط لا تعليق وخلاصته ان حصول النقل
بنفس العقد لا يكون الا بالجزم والقطع بيانه ان وضع الشارع الالفاظ المخصوصة
لحصول النقل بمقتضى التلفظ بها العاقد ولم يجعل حصول الانشاء معلقا على امر حصول العلم
بحصول الانشاء لحصول علته التامة مع عدم المانع عن تاثيرها والتعليق فيما كان
محتمل الوقوع ومحتمل العدم بالتساوي فلا جزم في العقد التعليقي بل هو مبتني على التردد وان
فان ظهر الوقوع وقع الكشف عن وقوعه سابقا بالصيغة وان ظهر عدمه وقع الكشف عن
عدم وقوعه كما مع ان الشارع جعل الصيغ موضوعة لحصول الانتقال بعد تمامها والتعليق بيانا

انت حر في سبيل الله تعم ح

العوض لام ح

بيانا في ذلك اي حصول الجزم والقطع واللفظ المذكور في العقد هو الناقل
اقول ان اريد ان اللفظ المذكور موضوع للنقل بطريق الجزم حتى في حال التعليق
فهو ان لم يكن مصادرة قريب منها وان اريد انه موضوع له حين انفراده عن التعليق
فهو لا يوجب كون التعليق منافيا للغرض من وضعه له لجواز ان يكون فائدته في
حال التفرد فلو علق تاثيره على حصول شيء آخر لانه شرط ويتوقف عليه وجود
المشروط ولم يستلزم وجوده وجوده فلم يحصل النقل بذلك اللفظ و
يلزم من عدم حصوله منه تخلف المعلول عن العلة التامة وهو باطل لانه خلاف
المفروض اذ الغرض جعل الشارع الصيغة علة تامة لحصول النقل والانتقال بها
وانت خبير بانه لو قرر كلام المصنف ره على الوجه الذي حققناه لا يندفع عنه هذا الايراد
اذ الغرض في الصيغ حصول النقل بها بعد التلفظ بالحرف الاخير في آخرها
ولذلك قالوا ان الالفاظ ادوات مختصة بالزمان الحاضر خرج عن ذلك ما ثبت
جواز التعليق فيه وبقي الباقي مندرجا تحت عدم الجواز حتى يثبت المخرج ولم يثبت
واما ما ادعاه العلامة ره من الاجماع على صحة التوكيل لو قال الموكل له
انت وكيلي في بيع عبدي اذا قدم الحاج فان الاجماع المنقول بخبر الواحد
حجة بل هو اقوى منه في ظهور عدم الخلاف ولو سلمنا مساواتهما فبينة المثبت
مقدمة على بينة النافي لان الاول يدعي وجدان الدليل على الاثبات والثاني
يدعي عدم الوجدان وهو لا يستلزم عدم الوجود في الواقع وهو الى الخطاء اقرب من
الاول والظاهر اذا فرض التعليق اتفاقا ولظهور المصنف ره انه جعل تاخير
حرف الشرط ايضا تعليقا في الاصطلاح كما ان تقديمه منه اتفاقا وهذا هو الاظهر بل هو الصواب ايضا
فهو لا ينافي ما ذكرناه من بطلان التعليق في العقود ولا ينافي هذا ايضا
ما ادعاه العلامة ره من الاجماع على صحة جواز تعليق الوكالة على شرط وهو
المحتمل وقوعه ولا وقوعه مما بالعادة ولا وصف وهو في عرفهم ما يكون وقوعه قطعيا
مثل ان طلعت الشمس فان طلوعها في المتيقنات العادية وان امكن خلافه نظرا
الى قدرة الله تعالى فلا يكون كلامه منافيا فان قال اذا قدم الحاج فبعد البيع لا للتوكيل
لان الشرط قريب في البيع وهو يمنع عن رجوعه الى التوكيل فالمنع انك وكيل في
الحال على ان تبيع عبدي حال قدوم الحاج وهذا بيان لعدم منافاة الاجماع
الذي ادعاه العلامة ره ولبيان عدم التناقض في كلامه ولله دره فارسا

في ذلك باطل واحتمال قيام المانع مدفوع بان الحكم جزء العلة التامة وهي قد وجدت فهو جد الرفع ح

عند الاصوليين ح

ح

ثانيا في بعض المواضع ح

ثم ان التعليق قد يكون بالصريح كقولك بعتك هذا الفرس ان جاء زيد او انكحتك فلانة ان ذهب بكر فان صراحة التعليق فيهما لاجل ذكر حرف الشرط وفعله مع تقديم المشروط عليه ويمكن تاخيره عنه ايضا ولعل الظرف في التعليق وقد يكون التعليق ضمنا اي التزاما لا تضمنا لان التعليق جزء شيء كما يفهم من الدلالة التضمنية حيث انها دلالة اللفظ على جزء المعنى حين دلالته على تمام المعنى لكن بالتبع لتوقف وجود الكل على وجود الجزء لكن دلالته على الكل اصلية وعلى الجزء تبعية كما لو باع رجل مال مورثه بمظنة موته واتفق انه كان حيا حين البيع في نفس الامر لانه شاك حين العقد اي حين اجراء الصيغة في العقد فلا جزم به وقد عرفت ان مجرد الصيغة تحصل الانتقال قطعا وانت تعلم ان كونه شاكا ينافي كونه ظانا فلا بد من حمل الشك هنا على عدم العلم والجزم فانه اعم من التردد والظن بالجد طرفي الشيء فكانه معلق بموت المورث ان جعلنا المعلق اسم المفعول فالضمير المنصوب راجع الى البيع او اسم فاعل فهو راجع الى البايع فالمعنى ان البايع معلق للبيع على موت المورث والظاهر ان العبارة هكذا فكانه على موت المورث على التقديرين فان التعليق يتعدى بعلى لا بغيرها اقول وفي بطلان العقد بالتعليق الضمني لاجل انه تعليق مبطل خفاء مضافا الى كون البايع حين العقد ظانا بموت مورثه والى كون المال ماله في الواقع وكذلك اي ومثل التعليق الشرط بالمعنى المبحوث عنه في تلك الرسالة اعني مطلق الالزام والالتزام بشيء فهو ايضا ينقسم الى ذينك القسمين لانه قد يكون بالصريح مثل ان يقول البايع للمشتري بعتك هذا الثوب بكذا من الدرهم وشرطت عليك اي الزمت عليك واوجبت ان تبيعني فرسك بكذا من الدرهم فان ذكر لفظ الشرط صريح في الالزام وقد يكون ضمنا اي غير صريح بل هو الراجع المنتقل اليه بعد تصور الاطراف كما لو باع البقرة على انها حاملة اي يشترط المشتري ولم يشترط ويلزم على البايع ان يكون حاملة او تزوج المراة على انها باكرة وانت تعلم امكان رجوعها الى التعليق الضمني ايضا هذا الذي ذكرناه في اول المبحث التوضيح مما يتعلق بالعقود والمعاملات من بطلانها اذا كانت معلقة بالصراحة او الضمنية واما الايقاعات من افعال المكلفين فجواز التعليق في بعضها بالاجماع كالتدبير والنذر دون بعض بالاجماع ايضا فيه كالطلاق فان التعليق غير جائز فيه بل مبطل له باجماعنا وجواز الاشتراط بالمعنى المبحوث عنه هنا

من غيره

معلق

كالبيع بهذا الوجه

لان الاصل في معاملات المسلمين حمل جميع افعالهم على الصحة

لا هنا

في بعضها كالعتق المنجز وعدمه في غيره لا يقتضيه المقام لان المقام في بيان الشرط في ضمن العقد فلا يكون التعليق مقصودا ولا محلا للكلام فالاشتغال ببيانه خروج عما نحن فيه كتحقيق اي كما لا يقتضي المقام تحقيق معنى اصل التعليق مطلقا اي التعليق على الشرط او الوصف واستيفاء ما يتعلق به فان الموضوع في هذه الرسالة والذي يبحث عن احواله اللاحقة عليه فيها هو الشرط في ضمن العقد لا التعليق فان قلت لما كان التعليق مقابلا لما نحن فيه فكان الاولى ذكر التعليق ايضا لان الاشياء تعرف باضدادها ومقابلاتها قلت ما ذكره كاف في ذلك تأمل في تفصيل القواعد المشهدية التكاليف الشرعية بالنسبة الى قبول الشرط والتعليق على الشرط اربعة اقسام الاول ما لا يقبل شرطا ولا تعليقا كالايمان بالله ورسوله والائمة ووجوب الواجبات القطعية وتحريم المحرمات القطعية الثاني ما يقبل الشرط والتعليق على الشرط كالعتق فانه يقبل الشرط في العتق المنجز وعليك كذا ويقبل التعليق على صورتي النذر وشبهه والتدبير الثالث ما يقبل الشرط ولا يقبل التعليق كالبيع والصلح والاجارة والرهن وساير العقود لان الانتقال يتضمن الرضاء ولا رضاء الا مع الجزم ولا جزم مع التعليق لانه بعرضية عدم الحصول ولو قدر علم حصوله كالمعلق على الوصف لان الاعتبار بجنس الشرط دون انواعه وافراده فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد الرابع ما يقبل التعليق ولا يقبل الشرط كالصلوة والصوم وساير العبادات بالنذر وشبهه ولا يجوز اصلي على ان لي ترك سجدة او لا احتاط عرض شك ولا اعتكف على فسخ القابل للشرط والتعليق اما التعليق فبالنذر وشبهه واما الشرط فكان يجوز له الرجوع من شاء او متى عرض عارض انتهى وبعض الكل لم يفرقوا بين الشرط بمعنى الالزام والالتزام وبين التعليق مطلقا اورد عليه ان ما ذكره غير صحيح لعدم الفرق بينهما او هو خبط عظيم

المبحث الثاني في المباحث في بيان ما يجوز من الشرط وما لا يجوز اي فيما يمكن ويصح الالزام والالتزام به شرعا لعدم النهي عنه وفيما لا يصح لورود النهي عنه فيكون باطلا وكلام الاصحاب في الكتب الفقهية غير محرر لعدم احاطتهم بحقيقة ذينك الشرطين قال الفاضلان ره وغيرهما من الاصحاب ان ضابط الشرط السايغ اي الجائز الذي في ضمن العقد ما اي شرط لم يكن مؤديا الى جهالة احد العوضين ولا مخالفا للكتاب والسنة اما الاول فلان الغرض من البيع مثلا انتقال الثمن الى البايع والمثمن الى المشتري لينتفعا به في الامور الدنيوية

اي الشرط العقدي الكائن في ضمن العقد

في ذيل البيان لمايه

واذا فرض جهالة احد العوضين فلا يمكن لصاحبه التصرف فيه ولا الانتفاع به اذ لا يعلم حقيقة
ماله بعينه وهذا مناف للغرض في الانتقال واما الثانية فلان مخالفة حكم الكتاب وحكم السنة
معصية عظيمة فيكون حراما فلا يصح الشرط المخالف لحكم احدهما لوجوب امتثال طاعة الله
وربما يقال في الرد على هذا الضابط ان الثاني مغن عن الاول فيكون ذكر الاول مستدركا
لان من جملة امور مخالفة للكتاب والسنة الجهالة باحد العوضين في البيع مثلا فيكون هذا من
قبيل ذكر العام بعد الخاص وهو غير جائز وانما الجائز عكسه مثل حافظوا على الصلوات
والصلوة الوسطى اي العصر وانما يكون الثاني شاملا للاول ومغنيا عنه لان معاملة الغرر
مثل بيع السمك في الآجام والطيور في الهواء منهي عنها في السنة المطهرة النبوية صلى
فسرها بعض من المحققين المخالفة للكتاب والسنة في الشرط والاشتراط بالمخالف لهما
بكون الشرط مخالفا لمقتضى العقد وموجبه بان يقتضي الشرط عدم ترتب الاثر الذي
جعل الشارع العقد يعني جعل الشارع العقد علة تامة لترتب الاثر عليه بمجرد تحققه
كترتب انتقال الثمن الى البائع والمثمن الى المشتري على العقد البيعي وترتب وجوب المهر والنفقة
على عقد النكاح مع الدخول من حيث هو هو لا من جهة امر اخر بحيث يقتضيه اي
بحيث يقتضي العقد الاثر حيث هو وقد تبع الشارح عليه كما ذكره اي هذا التفسير
في المسالك شرح الشرائع قال فيه بعد ذكر هذا التفسير ويشكل هذا التفسير للمخالفة
باشتراط عدم الانتفاع بالامر المعقود عليه زمانا معينا وانما يشكل بهذا فان
مقتضى العقد اطلاق التصرف في المبيع والثمن للمشتري والبائع في البيع فيكون اشتراط
عدم التصرف بهما منافيا له وهذا الاطلاق ثابت من الكتاب والسنة بل هو من البديهيات
اقول وفيه نظر فان الذي ثبت منهما جواز التصرف فيهما لكل من المتعاقدين بعد
العقد هو اذا لم يكن العقد مشروطا واما اذا كان مشروطا بعدمه الى زمان معين فلا اذ
الناس مسلطون على اموالهم فيجوز للمشتري التزام ان لا يتصرف في ماله الى هذا الزمان نعم اذا شرط
ان لا يتصرف المشتري في المبيع ابدا فهو يكون منافيا للغرض من العقد ومخالفا لما نطق به الشرع
والشرط بعد العقد كالاستثناء بعد العموم فان لفظ المستثنى منه ظاهر في العموم وبعد
ذكر الاستثناء يخرج من العموم الى الخصوص ومقتضى العقد وان كان اطلاق التصرف لكن الشرط
المذكور يخرجه عن الاطلاق الى التقييد نعم مقتضى العقد اطلاق التصرف اذا لم يرد به شرط
يخالفه فلا اشكال ويشكل ايضا هذا التفسير باشتراط المتعاقدين حين العقد اسقاط
خيار المجلس وخيار الحيوان وما شاكلهما وشابههما من الخيارات الشرعية مما اجمع على

وذلك م

الشهيد الثاني ره م

اسقاط م

على صحة اشتراطه اي صحة اشتراط اسقاط في ضمن العقد وان ثبت من الشارع كونه شرطا
اذا لم يشترط الاسقاط ووجه الاشكال انه ثبت من الاجماع والدلائل القطعية خيار
المجلس وخيار الحيوان وخيار العيب واشتراط اسقاط كل منها مخالفة لما ثبت من السنة
لان مقتضى العقد البيعي خيار المجلس وفي الحيوان خيار الفسخ الى ثلثة ايام فان الشارع رتبهما
عليه اقول ويمكن دفعه بان الترتب ليس على اطلاقه في جميع العقود والبيوع فان عمومه
مخصص بما اذا لم يشترط المتعاقدان اسقاطه حين اجراء العقد ولم يتراضيا عليه والدليل على
هذا التخصيص المخالف للاصل هو الاجماع على صحة اشتراط الاسقاط فلا اشكال في ذلك ايضا
وعبارة المصنف ره عين عبارة المحقق في الشرائع لا ينافي في ذلك اي لا ينافي في كلا في الاشكالين
المذكورين لان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا للكتاب والسنة واشتراط عدم الانتفاع في
زمان واشتراط عدم الخيار من جملة الشروط التي صح الاشتراط بها فلا يكون مخالفا وباطلا
فيلزمه ان يكون بعض ما لا يمكن اشتراطه صحيحا مخالفا لهما لان نقيض الموجبة الكلية سالبة جزئية ومعنى المطلوب اثبات
وقال الشهيد ره في القواعد كل عقد شرط فيه خلاف ما يقتضيه العقد مع كونه اي
كل ما يقتضيه العقد ويوجبه ركنا من اركانه بحيث ينتفي العقد بانتفائه ويوجد بوجوده وقارن
وجود الشرائط وانتفاء الموانع فانهما من اجزاء العلة التامة فانه باطل بالاجماع
وذلك المخالف لمقتضى العقد مع كونه ركنا كالبيع واشتراط نفي تسليم المبيع الى المشتري
والثمن الى البائع او الانتفاع باحدهما للمنتقل اليه فان البيع انتقال الثمن الى البائع
والمثمن الى المشتري او الايجاب والقبول الموجد لهما فاشتراط عدمها يستلزم عدم وجود البيع
والغرض من هذا الانتقال الانتفاع بهما وهو فائدته فاشتراط عدمه نقض للغرض الاصلي
وان لم يكن ما اشترط في العقد عدمه ركنا من اركانه بل كان من مكملاته ومتمماته فذلك
كاشتراط المتعاقدين في ضمن العقد نفي خيار المجلس والحيوان وانما كانا من مكملات البيع
لانه قد يحصل بالتروي والتفكر في مال هذا البيع ظن بالتضرر او عدم الفائدة فيه اصلا
فدفع ذلك بالخيار على الوجه المخصوص فعندنا معاشر الامامية يصح اشتراط اسقاط
الخيار المكمل للبيع ونحوه في العقد لان لوازم العقد هو المقصود الاصلي والخيار عارض
ويمكن رفع العارض للشيء اللاحق به مع بقاء ذات الشيء وحقيقته ولا غائلة فيه
وكلامه ره مشعر بانه اجماعي عندنا فيكون اجماعا منقولا بخبر الواحد العدل فيكون حجة للحجية على الاصح
ح فيلزم ارجاع الضمير في قوله ومنعه بعضهم الى العامة لان الغرض من ادخال
الخيار هنا التروي واستدراك الفائتات فهو من المقاصد المطلوبة

ضابطة كلية م

للجمع م

فاشتراط الاخلال به اخلال بمقاصد العقد وقد اجمعوا على ان الاخلال بالمقاصد مخالف
لمقتضى العقد ومخالفة مقتضاه توجب بطلان الاشتراط وعدم تسويغه فيكون ح
اشتراط نفي الخيار باطلا قلنا في جواب هذا الاستدلال هو مقصود بالفصل الثاني
لا الاول وبيانه ان المقاصد اما اصلية وذاتية او عرضية ولاحقة للاصلية وح
فان اردت من كون اشتراط خيار المجلس في المقاصد الاصلية فهو ممنوع لوضوح ان المقاصد
الاصلية هي الانتقال وما يترتب عليه من جواز التصرف والانتفاع وان اردت انه
من المقاصد العرضية فيمنع الاجماع على بطلان مخالفتها وان اردت الاعم فيمنع العموم
والسند بين وكذا اي ومثل اشتراط نفي خيار المجلس والحيوان لو شرط في متن العقد
دفع خيار العيب ولو شرطا اي المتعاقدان دفع خيار الغبن او خيار الرؤية او خيار
تاخير الثمن ففيه اي في صحة نفي كل منها نظر انتهى كلامه مشروحا اقول لعل وجه النظر في
الاولين ان الغرض من عقد البيع الانتفاع فانه من مقاصده الاصلية واشتراط نفي
هذين الخيارين يستلزم حصول الضرر اذا ظهر الغبن او عدم قيمة المبيع بالثمن المبتاع به
فيكون نقضا للغرض الاصلي فيكون باطلا اجماعا وفي الاخير ان المشتري قد يحتاج الى المبيع
مع ان فيه غائلة فله خيار ان يؤخر الثمن الى ان يرفع البايع تلك الغائلة اذ لو دفع اليه
الثمن مع عدم ارتفاعها لصار ماله فائتا منه بدون حصول نفع له بل مع وصول الضرر اليه
ومما ذكروا من جملة ما خالف الكتاب والسنة المعاصي والقبايح مثل ان يشترط الزنا
او شرب الخمر ونحو ذلك من المعاصي سواء كانت المعصية المشترطة صغيرة او كبيرة
كما يومي اليه اطلاق المعاصي فكان التمثيل بالزنا وشرب الخمر وهما من الكباير اتفاقا
لا لتقييد بالكباير لان المثال للتوضيح لا للتخصيص اقول ولا يبعد ان يقال مخالف الكتاب
والسنة هي الشروط التي تكون مخالفة لمقتضيات العقود والتي تكون محرمة ومنتجة التي
ثبت من الدين عدم الاشتراط بها وعدم صحته ثم ان امثلتهم التي ذكروا للمشروع
في الشروط الجايزة وغير المشروع منها والمنافي اشتراط لمقتضى العقد وغير المنافي
ايضا غير متوافقة لانها لا تكون منافية لها كالمثالين اللذين اوردهما الشهيد الثاني في
الاخيرين المتقدمين وقد بينا انه لا منافاة فيهما وكلامهم في تلك الامثلة متخالفة
وقد ذكرنا بعضها ونحن قد بينا ضعفها وستطلع على مواضع اخر من الامثلة الموهونة
والحاصل والخلاصة للكلام في هذا المبحث ان مما اخطر كلامهم وما يدل ذكروا في
بعضها صحة الشرائط المخصوصة وفي بعضها عدم صحتها مع مما اخطر الادلة التي

انه من جملة المقاصد ۲
الثمن والمثمن ۲
اشتراط ۲
الالتيه ۲
جواز ۲
والصحيح ۲

التي تلاولوها في هذا المقام لا يرجع الى اصل من الاصول وقاعدة من القواعد الاصولية
والفقهية مضبوط يعتمد عليه بسبب قيام الحجة على اعتبارها وجواز التمسك بها في اثبات
الاحكام الشرعية الفرعية بها مثل استدلالهم بامور مستحسنة عقلا كما لا يخفى على من تتبع
كتب فروع الفقه وليس عدم انضباط لكون الظنون الخاصة حجة لا مطلق الظن لان المصنف
يذهب الى الثاني بل لكون الحكم لثبوت عدم حجيتها شرعا ولكني اذكر لك ايها الطالب لحقايق المطالب
ما بلغه مجهودي ووصل جهدي وطاقتي اليه بعد استفراغ الوسع بقدر الطاقة في تحقيقها وتصحيحها
في تاسيس هذا الاصل مقتبسا من جلالات كلماتهم وملاحظة الوارد في هذا الباب بانضمام
القواعد المتقنة فان اصبت اي ادركت الصواب والصدق فمن فضل الله ورحمته وان
اخطات وخالفت الحقيقة فذلك من مثلي غير عزيز وحسبي الله على ما نقول وكيل
ولله در المصنف حيث اتقن هذه المسئلة ولم يسبقه اليها غيره من الاكابر حشره الله مع الائمة
ولينتظم ذلك في سلك مطلبين المطلب الاول في بيان منافات الشرط لمقتضى العقد
وعدمها في بيان ان المنافات بم تحصل وبم تبطل فاعلم ان الشرط الذي حكموا بلزومه
هو الشرط الواقع في متن العقد واصله الالزام فانه لو كان العقد جايزا لا لازما فيكون الشرط
ايضا جايزا لانه تابع له فلو كان هو لازما فيلزم مزية الفرع على الاصل والتابع على المتبوع وهو باطل جزما ۲
ما بين الايجاب وهو احداث انتقال ومعاملة والقبول لهما بسبب التواطؤ والتراضي عليه
كما ستحقق انشاء الله مثلا ان تقول بعت هذا بهذا واشترطت عليك ان تفعل كذا وكذا قيل وجه
الشرط هو انه يصير جزءا من احد العوضين وفيه نظر لان الشرط لم يصر جزءا بل جعله الشارع
شريكا مع العقد في اللزوم ان كان لازما والجواز ان كان جايزا بدليل انهم يقولون بانه
لو لم يحصل الشرط فلاحد المتعاقدين الفسخ والامضاء ومعلوم ان امضاء العقد لكونه سببا
مستقلا في نفسه اذ لو كان حصول الشرط جزءا منه لكان العقد منتفيا بانتفائه
فلا امضاء ولا فسخ ح بل الفسخ لانتفاء الكل بانتفاء احد اجزائه وبدليل ان
بعضهم يذهبون الى ان الشرط الفاسد فاسد لكنه لا يوجب فساد العقد بل هو باق على صحته حتى
كانه غير مشروط ومطلق فانه لو كان الشرط جزءا منه لفسد العقد ايضا اذ الكل ينعدم بانعدام
صحة بعض اجزائه فالاولى ان يقال وجه لزوم الشرط انه قد جعله الشارع جزءا من العقد
اللازم وتعقبه الواقد للعقد اللازم طرفاه او احدهما اذا كان الشرط في جانب الطرف اللازم
ويرد عليه الايجاب والقبول اللازمين فيغير بذلك الايراد لان ذا هما هو انعقاد
ان العقد لازم اقول ولو سلم ان الشرط جزء في العقد اللازم فلا يلزم لنا

الاخبار ۲
والحق المطابق للواقع ۲
اقول ۲
صحته ۲

يكون لازما فان حكم الاجزاء قد يخالف حكم الكل مثل ان الخبر المتواتر المركب في اخبار
عديدة على هيئات مخصوصة يفيد العلم ولا يفيده كل من اجزائه بل يفيد الظن القوي
بل مخالفة حكم الجزء لحكم الكل اكثر من موافقته له اذ الهيئة المركبة غير الهيئة البسيطة
واختلاف حقيقتهما توجب اختلاف ما يترتب عليهما من الاحكام وانت خبير بانه يمكن توجيه
كلام المصنف رح بان نقول اذا قال البائع بعتك هذا الثوب بشرط ان البسه هذا اليوم
فهو قد باع الثوب المقيد بكونه ملبوسا له فمتعلق البيع ليس نفس الثوب ومجرده بل المبيع
امر مركب له هيئة مخصوصة لكنك تعلم ان اللازم هو الهيئة المقيدة المجموعة لا الثوب بنفسه
والشرط بنفسه جميعا فالمحذور بحاله فالاولى ان يقال ان الشارع جعل الشرط على
قسمين شرط لازم وهو الملتزم في العقد اللازم وشرط غير لازم وهو الملتزم في الجائز
والاول كالصلح والبيع والثاني كالوكالة والهبة بلا عوض على غير ذي الرحم مع عدم التصرف
والمراد من كون الشرط في متن العقد وقوعه في وسطه لان العقد مركب من الايجاب والقبول
والشرط في اخر الايجاب واول القبول فهو في وسطه وظهره واصله وكان عموم
المؤمنون عند شروطهم يقتضي التزام الشرط كيفما كان الشرط فان قلت شروطهم
وان كان عاما لكونه جمع مضاف وهو للعموم لكنه مخصص بذكر المؤمنين قبله بالشروط
المشروعة اليقينية فان المؤمنين لا يشترطون الشروط الغير المشروعة والباطلة
فان اراد المصنف رح من عموم هذا الحديث شموله لمطلق الشرط فهو ممنوع لذلك الذي ذكر
وان اراد عموم الشروط الجائزة المشروعة فهو مسلم لكنه خلاف ظاهر كلامه قلت ان اريد ان
المؤمنين لا يشترطون الشروط الجائزة حال العلم بانها غير مشروعة فهو صحيح لكنهم قد
يشترطونها مع الجهل بعدم شرعيتها وان اريد انهم لا يشترطونها مطلقا فهو ممنوع والسند ظاهر
وما قيل ان لفظ المؤمنين لا يصلح للتخصيص مع ان المؤمن يطلق على من يعتقد الائمة ايضا
سواء كان عادلا ام فاسقا بفسق صغير لا كبير لبعد اطلاق المؤمن على من يشتغل بالكبائر جدا
فكذا عموم قوله تعالى احل الله البيع وحرم الربوا وامثاله مما يدل على حلية البيع
يقتضي ترتب اثار البيع على كل ما يسمى بيعا في العرف اي عرف الفقهاء فانه المتبادر
هنا وان كان المتبادر منه في غيره العرف العام ولكن هذا الترتب ليس على اطلاقه
لوضوح ان الربوا خارج عن الحلية بل اذا كان عقد البيع مع اجتماع شرائط الصحة
لان الحل من الامور الشرعية حقيقة للصحة في افعال المكلفين لان مذهب المصنف رح
انها للاعم كما حققه في القوانين بل لان الفقهاء لا يطلقون البيع الا على الجامع
للشرائط الصحيحة وان كان في لسان الشارع يطلق على الاعم لفوائد لا تخفى في محالها

لم فالنسبة بين ادلة الشرط وادلة البيع مثلا عموم وخصوص من وجه اذ لو حمل المصنف رح
لفظ شروطهم في الحديث محمولا على مطلق الشرط سواء كان مشروعا ام غير مشروع وحمل
ادلة حلية البيع مخصصة بالبيوع الجامعة لشرائط الصحة وهذا وان كان خاصا لكنه عام من
جهة عدم تخصيص البيع الجائز ببيع معين مخصص عموم النص الاول بالنص الثاني فاخرج
الشروط الغير المشروعة فمادة الاجتماع للادلتين ما اذا كان البيع صحيحا والشرط مشروعا
ومادة افتراق ادلة الشرط عن ادلة البيع ما اذا كان الشرط صحيحا والعقد فاسدا كالربوي مثلا
ومادة افتراق الثانية عن الاولى ما اذا كان البيع صحيحا والعقد فاسدا لكونه موصيته وقيمتها
واذا ورد عام وخاص متنافيا الظاهر وكان بينهما العموم من وجه فيجب تخصيص العموم بالخصوص
فانه احد طرق الجمع بينهما واقربها واشهرها فيما بينهم وبهذا ظهر فساد السؤال السابق
فكلما لم تتناف بين مقتضياتهما اي مقتضيات البيع مثلا ومقتضيات الشرط فلا اشكال في صحته
ح فانه مادة اجتماعهما وانت خبير بان عدم المنافاة بين مقتضياتهما لموافقة الشرط
لمقتضى العقد لا يستلزم صحة الشرط وشرعيته لجواز ان يكون باطلا وغير مشروع من جهة
اخرى كما انه يحتمل صحته وشرعيته ايضا ولا دلالة للعام على الخاص بوجه اللهم الا ان يثبت
في دفع المفسد حين توافق المقتضيات باصالة عدمه لكنه لا يتم الا بعد الفحص فربما يظهر به
بطلان الاولى ان يقال انه اذا لم يكن بين مقتضياتهما منافات ولم يظهر فساد الشرط
من جهة شيء اخر فلا اشكال في صحة الشرط ح وصحة الالتزام به والالتزام وكان هذه
لظهوره لم يصرح به والامر فيه سهل واما فيما ثبت ان البيع صحيح يترتب عليه اثره وثبت
التنافي اي تنافي الشرط لمقتضى البيع بان كان مخالفا للغرض منه وفائدته فيظهر
ح بطلان الشرط لان الاصل في جميع افعال المكلفين عدم الصحة حتى يثبت المصحح لها بدليل شرعي
وهنا قد ثبت بطلانها ولان مرادنا من المقتضي على صيغة المفعول هو ما يتسبب عن العقد
شرعا لجعل الشارع العقد سببا وعلة تامة لتحقق هذا المقتضى بتحققه لوجوب وجود المعلول
والمسبب لوجود العلة التامة والسبب الكامل في السببية لان التخلف كاشف عن نقصان العلية
من المفروض تماميتها وصلاحيتها للتاثير من حيث هو عقد بلا مدخلية شيء اخر وتاثيره
في تسبب المقتضى من العقد اذ لو كان له ايضا مدخلية فيه لما كان العقد سببا تاما وعلة كاملة
وهو خلاف المفروض فلا بد وجوبا لا استحبابا من ان لا يتخلف المقتضى بالفتح عن مقتضيه
بالكسر وموجبه فان قلت علل الشرع معرفات فكيف يستحيل التخلف عن معلولاتها لانه حكم
العلل الحقيقية المؤثرة في وجود معلولاتها ومسبباتها قلت يجب عقلا في تحصيل المعرفات
بالفتح عند حصول المعرفات بالكسر لانها علل اعتبارية وحلية تحويل الشارع وعلة كل شيء بحسبه

في الاحكام الظاهرية كحلية
ذبيحة وما كتبه لا لامر الله
ونحو ذلك [illegible] ونحو ذلك
لما حققنا وجهه

يكن

لان الاصل عدم
وجود المفسد

وهو الجائز

بل وصريحه

الغير

فاذا اوجب الشرط الذي هو جزء البيع وداخل في احد اركانه دفع مقتضى البيع لكونه
مخالفا له كما لو باع بشرط ان لا يسلم البائع المبيع الى المشتري وهو الثمن الى البائع فهو يرفع
نفس البيع فان قلت مقتضى البيع ما يترتب عليه ويثبت منه والمعلول غير العلة
فهو لا يلتبس بانتفائه فالمرتفع مقتضى البيع لا البيع نفسه لانه قد تحقق ويمتنع اعدام
المتحقق وارتفاعه قلت لم يوضع الشارع العقد الا لتحصيل المقتضى منه ولم يجعل له فائدة
اخرى وجعل العلة التامة في حصول هذا المقتضى هو العقد من حيث هو عقد واذا فرض
ان المقتضى معدوم ومنتف فلا يكون عدمه الا لعدم علته وهو العقد وليس العقد مجرد الايجاب
والقبول حتى يقال انه قد تحقق فكيف يرتفع لانه مجاز بل الايجاب والقبول المعتبرين عند
الشارع وهو لم يحصل في الخارج لاجل كون الشرط المنافي مانعا لوجوده كما يليق بكلام وصفه الشارع
وقد سبق الاشارة الى ان العقد كالعام الظاهر في العموم وان الشرط كالاستثناء
بعده فهو يخصصه اتفاقا فالشرط هنا يمنع عن نفوذ الصيغة في ايجاد الاثر ومعه لها
كما تنفذ حال التجرد عن الشرط المفسد مثل حمل العموم عند فقدان قرينة المخصص له

لفظ العام عا ١٢

والى جميع ذلك اشار بقوله فان البيع الذي هو معيار الشارع في ترتب الشارع الاثار
والاحكام عليه هو ما كان سببا كاملا في السببية والتاثير في المسبب على ان ذلك
المقتضي والمفروض ان هذا البيع مرتفع فلا يبقى البيع علة للزوم الشرط حتما واللام
للعلة لا للتعليل والجزم قيد لعدم البقاء وذلك لان لزوم الشرط موقوف على لزوم البيع
والمفروض ان البيع مرتفع ومنتف فضلا عن ابقاء لزومه لانتفاء العرض بانتفاء الجوهر
فيكون لزومه ايضا مرتفعا بطريق الاولى فان قيل لا يلزم من ارتفاع لزوم الشرط ارتفاع
جوازه وشرطيته لوضوح ان اللزوم حال من احواله العارضة له ولا يليق دوام الحال بانتفاء الحال
فاقول ان المفروض انتفاء لزومه لكون اصل الشرط منتفيا لمخالفته لمقتضى العقد وقد جعل
الشارع هذا الشرط معدوما والعدم اعتبار كعدمه فالبتة هنا منفية الموضوع معدومته

غير لزوم الشرط ١٢

فاذا اعتقد العاقد المشترط مع ذلك لزومه فيه تقع جوازه ايضا لكونه بدعة
لانه جعل ما حرم الشارع والحاقه حلالا ومعتبرا فقد زاد في الدين ما ليس منه وهو
في المعاصي الكبيرة عند بعض المحققين وكانه اشارة الى الجواب عن السؤال الذي اورد ذاه
وان لم يعتقد لزومه فان اعتقد جوازه بدون المنع عن النقيض منعا عقليا كما في اللزوم
من جهة انه شرط في البيع ايضا كما يكون فيه شرط جايز مشروع اتفاقا فكذلك اي فهو
مثل اعتقاد لزومه في كونه بدعة في الدين ويجب الاحتراز عنها والا يعتقد جوازه فيه جعل

منه ٣٥

فيدخل تحت الوعد لشي فان لم يكن مخالفا للشرع وان كان مخالفا لمقتضى العقد اذ بطلان
الاخر لا يوجب بطلان الاول لعدم الملازمة بينهما من جهة اخرى لو تحقق فساده لكونه موضعه
فلا باس بالوفاء به اما وجوبا او استحبابا على خلاف فيه ان في الوفاء بالشرط واجب
او مندوب كما سياتي بيانه ولكنه خارج عما نحن فيه اذ الكلام انما في الشرط الباطل لكونه مخالفا
لمقتضى العقد لكنه مشروع من جهة اخرى فان مشروعيته من جهة امر اخر غير بطلانه لمخالفته له
واما لاجل ان المبحوث عنه هو صحة الشرط في ضمن العقد وبطلانه فيه وانه بيان سبب البطلان
دون وجوب الوفاء به عند صحته من جهة اخرى واستحبابه كغيره جزما والاظهر هو الاول لانه سيأتي
بيانه فذكر الوفاء به عقيب ذكره في باب الاستطراد وتتميم المراد وايماء الى امكان كون الشي
الواحد غير الشرط المخالف لمقتضى العقد اذا لم يكن محرما صحيحا وفاسدا باعتبارين ثم اعلم ان
مخالفة الشرط لمقتضى العقد قد يكون مستلزمة للمحرم الشرعي مثل بيع العنب واشتراط اعماله خمرا فان
جعله خمرا وان كان مقتضى المبيع عند المشتري لكنه مخالف له عند الشارع والمعتبر في صحة الشرط
وفساده هو تصحيح الشارع له وافساده وقد لا يكون مستلزمة له مثل النكاح واشتراط
عدم المجامعة فان عدم الجماع ليس محرما شرعا لكنه خلاف مقتضى عقد النكاح لان العرض الاصلي
المهم منه هو الجماع اما لتحصيل النسل او لدفع العزوبة المفضية الى الزنا او لهما معا وغير ذلك مقصود
بالقصد الثانوي فلا عبرة به والا يكن الشرط المخالف لمقتضى العقد غير منهي عنه في حيز الحرمة
بان كان منهيا عنه منها لان نقيض النفي اثبات فلا وجوب للوفاء بالشرط لمنافاته للحرمة
ولا جواز للوفاء ايضا لعدم مقاومة المباح او المستحب للنهي عنهما اذا دار الامر بينهما بل
ذهب جماعة من الاصحاب الى انه لو تعارض الواجب والمحرم قدم وغلب الحرام على الحلال لان
الاشتغال بالواجب والحلال لجلب النفع الدنيوي او الاخروي والاشتغال بترك الحرام لوجب دفع
ضررهما ودفع الضرر مقدم على جلب النفع ولهذا التفريق اي بتقرير ان الشرط اللازم بسبب
لزوم العقد جزء منه يتم القول ببطلان الشرط ايضا لان فساد احد الجزئين يوجب فساد

العقد ببطلان ١٢

الاخر لان الشارع جعل مجموع الجزئين من حيث المجموع صحيحا اذا كان العقد والشرط كلاهما صحيحا
فاذا فسد احد جزئيه فسد الاخر ايضا اذ المراد من افساده عدم تعلق الحكم الشرعي به وهو
اي الفساد متعد في وحوله ايضا قيد لقوله ببطلان العقد اي كما ان الشرط فاسد فليفسد العقد ايضا
اقول قد عرفت انه في كون الشرط جزءا ضعف اذ القدر الثابت لزومه بلزوم العقد فلا يستلزم
فساده فساده ايضا اذ لا ملازمة بينهما لا عقلا ولا شرعا لامكان الانفكاك الدال على عدم اللزوم
ومع ذلك لا يتم هذا القول بهذا التقرير كما سيجي تحقيقه ان شاء الله في المبحث الثالث من المباحث الاتية
ونحن نتكلم فيه ونبين هناك بفضل الله تعالى تحقيق هذه المسألة ونبين ما ذكر من بطلان الشرط

ان يبيع البايع شيئا ويشترط ان لا يسلم المبيع الى المشتري او يشترط المشتري ان لا يسلم الثمن
الى البايع فان البيع على ما ذكره بعضهم انتقال المبيع والثمن الى المشتري والبايع فاذا لم يحصل
الانتقالان كلاهما او احدهما فقد عدم عقد البيع اما على الاول فظ لانتفاء المجموع والكل
واما على الثاني فلان انتفاء الجزء يوجب انتفاء الكل وذهب بعضهم الى ان البيع هو الايجاب
والقبول الموجبان للانتقالين المذكورين فمتعلقهما هو ذينك الانتقالين ويتنفي العقد بانتفاء
احدهما ايضا هذا اذا كان الشرط مخالفا لنفس العقد وحقيقته وقد يكون مخالفا للغرض الاصلي
من الانتقالين واليه اشاره بقوله او يشترطا اي المتبايعان المتعاقدان او يشترط احدهما
عدم الانتفاع بما ينتقل اليه وان عرفا او احدهما بالملك اي وان اعترف البايع بان
المبيع ملك المشتري اشتريته منه والمشتري بان الثمن ملك للبايع عوض ما باعه منه فان الغرض
الحقيقي من البيع ليس الاعتراف بالملكية بل ربما لا يعترف الف بايع بالملكية فلا يثمر في الصحة
وذلك اي بطلان العقد والشرط اذا لم يسلما العوضين او احدهما احد العوضين وبطلان
العقد كالشرط اذا اشترطا او احدهما عدم الانتفاع بالمنتقل الى كل من المتبايعين لان
تحقق البيع في العرف اي في عرف الفقهاء او عرفهم وعرف الناس جميعا ولعله الاظهر
لا يتم ولا يحصل الا مع تسليم العوضين جميعا ولا يجدي تسليم احدهما ايضا وهو دليل
لبطلان الاول وحصول الملك باعتراف كل من المتعاقدين لصاحبه به ولكان الاولى
لي القول والاعتراف بالملك لان المعروض عدم حصول الملك بسبب عدم الانتفاع بل وعن
امكان الانتفاع به مما يعد في الشرع سفها وجنونا ولا يعتبر فعلية الانتفاع به
ولذلك زدنا لفظ الامكان بمعنى القدرة عليه وهو اي كون ذلك سفها للعاقد سواء كان
البايع او المشتري او كلاهما معا يوجب بطلان البيع شرعا اذ افعال السفهاء باطلة عند
الشارع فان قلت قد يقصد من البيع مجرد صيروره الشيء ملكا للعاقد مط ولا يقصد
الانتفاع به لترتب فوائد غير جواز التصرف على الملكية فلا وجه لعد ذلك قلت لا
نقول انه يجب ان يكون للبايع التصرف في الثمن وحده ليصح العقد بل المعتبر في صحة امكان
انتفاعه به سواء كان بالتصرف فيه او بغيره والظاهر من صحة شروطه بامكان التصرف
في المنتقل الى كل منهما واذا لم يمكنه التصرف فيفسد العقد ولا يترتب عليه غير التصرف
من وجوه الانتفاع وهذا اشارة الى البطلان الثاني من الشرطين والعقدين الفاسدين
وكون بطلانه لكونه سفها ان لم نقل بخروجه عن مصداق البيع ولذلك عرفا اي باشتراط عدم الانتفاع
به ايضا كما يخرج عن مصداقه في العرف اذا اشترط عدم التسليم مط واما لو قلنا به فعقد
العقد لاجل عدم تحققه وتحصله في الخارج على الوجه المعتبر المؤثر في حصول النقل به ولا يحتاج
الى التمسك بانه سفه مبطل للبيع ولذلك قلنا انه يخرج به لان العقد ح لبطلانه كلا عقد ومثل

ولعبته

والاصح

الغرض

والواحد الوضين

ومثل حمد لا روح له وخروج العقد عن مصداقه المعتبر شرعا اما بسبب عدم تسليم ركنيه
وهما العوضان اللذان ورد عليهما الايجاب والقبول او بسبب عدم ترتب الاثر الشرعي عليه
مع كونه علة تامة ومؤثرا تاما لحصول الاثر منه والظاهر من كلامه ره انه مايل الى انه لا يخرج
عنه الا بالسبب الاول فالمعيار والمناط والعلة في بطلان العقد وسقوطه عن درجة الاعتبار
والتاثير هو خروج العقد بسبب الشرط الفاسد عن حقيقته عرفا اي حقيقته العرفية الشرعية
وذاته الاصطلاحية او شرعا او خروجه بسببه عن صحته شرعا ومن ذلك الشرط الفاسد والموجب الفاسد
اشتراط الزوج او الزوجة او كلاهما عدم الوطي في النكاح الدائم لان الغرض من وضعه
هو التناسل والتوالد فهذا الشرط مناف لنفس العقد بناء على كون النكاح حقيقة في الوطي
او مناف لمقتضاه الاصلي فيكون الشرط والعقد كلاهما باطلا وفاسدا شرعا لكنه يظهر
من بعضهم صحة العقد والنكاح وفساد الشرط وحده ولعله مبني على ما اخترناه سابقا
من الشرط الفاسد قد يفسد العقد كما اذا كان مخالفا لنفس العقد وقد لا يفسده كما اذا
كان مخالفا لاحد مقتضياته فاشتراط عدم الوطي ان كان منافيا لنفس النكاح فيفسد والا
فلا والظاهر من كلامه ره اذا اخذ فيه لفظ الغرض انه مناف لمقتضاه ويحتمل ان يكون مراده
انه مناف لنفس العقد واركانه بناء على ان حصول انتقال الثمن الى البايع والمثمن الى المشتري
من اركان البيع ومن اغراضه ايضا وكيف كان الامر فبطلان هذا الشرط انما هو اذا كان
في العقد الدائم لا في المتعة لان الغرض من وضعها التمتع بالمراة المتمتع بها وهو
يحصل بغير الوطي ايضا كما يحصل بالوطي ونظيره ان يقال ليس الغرض الاصلي الاهم في المتعة
الوطي ليحصل به الولد والنسل بل المراد والغرض الاصلي منه هو التمتع فان اشترط في
المتعة عدم حصول التمتع بها فهو باطل لكونه منافيا لنفس العقد او لمقتضاه الاصلي
واما اشتراط عدم الوطي بخصوصه فلا يبطل لحصول الغرض الاصلي وهو التمتع بغيره ايضا
وبهذا التقرير يسقط ما ربما يقال من ان الغرض من المتعة كما يحصل بالوطي يحصل بغيره ايضا
فاشتراط عدم الوطي ينافي احد مقتضياتها فيكون باطلا ووجه السقوط انه لا يجب ولا يعتبر في
صحة العقد بقاء جميع مقتضياته والا لكان اشتراط اسقاط خيار الحيوان مثلا باطلا لان
الخيار الى ثلثة ايام من مقتضيات بيع الحيوان والقائل باطل بالاجماع فالمقدم مثله ايضا
فبذلك الشرط اي شرط عدم الوطي يخرج النكاح الدائم والعقد المستمر عن وضعه
الذي يجب ان يكون عليه كما وضعه الشارع فان الاحكام الشرعية في الصحة والبطلان
وغيرها امور جعلية بجعل الشارع وتوقيفية لا بد من ورودها منه لا مدخل للعقل فيها
فكل شرط صحح فهو صحيح وسائغ وما افسده ولم يشرعه فهو باطل وغير سائغ

فيبطل الشرط

وسيجيء الكلام في صحة العقد المذكور عن النكاح الذي شرط فيه عدم الوطي مع كونه دائميا
وبطلانه في المبحث الثالث انشاء الله ومن ذلك اي ومن ما ذكرنا من المثالين اللذين كان الشرط
فيهما باطلا لمنافاته لمقتضى كل منهما او لبعضها ظهر ان اشتراط سقوط خيار المجلس وسقوط
خيار الحيوان ونحوهما لا ينافي مقتضى العقد لان الانتقال بقسميه الى البايع والمشتري
قد حصل بالعقد والمسقط فيه ليس ركنا من اركانه ولا غرضا اصليا من اغراضه الاصلية بل
من الاغراض العارضية فلا يكون اشتراط عدمه مفسدا له وللعقد وقد عرفت توضيح ذلك
وذكروا من امثلتها اي من امثلة الشروط الغير الجائزة بسبب المنافية لمقتضى العقود الواردة هي
فيها وح فمرجع الضمير ظاهر باعتبار سبق حكاية الشرط الجائز وفي نسخة دون امثلتهما
اي ومن امثلة اشتراط سقوط خيار الحيوان وسقوط خيار المجلس اي مما مثلهما لديهما
في الصحة ان لا يبيعه اي المبيع الذي اشتراه او لا يعتقه اذا كان المبيع عبدا او
امة ايضا لعدم الفرق بينهما او لا يطاء الجارية المبتاعة او لا يهب بل على رد جته اعني
او يشترط البايع في ضمن عقد البيع انه اي المشتري متى خسر في المبيع بصيرورة قيمته اقل
مما اشتراه به من البايع فالضمان للقدر الذي وقع به الخسران على البايع او يشترط
ان يطاها البايع بعد البيع مرة او اكثر بشرط كونه معينا فانهم ذهبوا الى ان تلك الشروط
غير صحيحة شرعا فان الناس حسبما روي عن الائمة ع مسلطون على اموالهم ومقتضى الملك
الحاصل بالعقد جواز انفاذ التصرفات واما بها للمملكين وبذا من المصنف بيان لوجه
البطلان اقول وفيه نظر لانهم ان ارادوا جميع التصرفات حتى عن ان يقع منها ايضا
فموهوم لان مقتضى العقد جواز الفسخ عن المعقود عليه في المجلس وهو احد تصرفات
العاقد الحاصل بالعقد مع انهم يجوزونه اتفاقا وان ارادوا التصرفات السابقة اللاحقة بالملك
بمقتضى الاغراض الاصلية فهو لا يكون بطلانا لان عدم وطي الجارية ليس من جملة اغراض
بيعها وشرائها او يترتب عليه اي على بطلان هذه الشروط وفسادها عدم صحة العقد
فيه اي في المبيع في كل من تلك البيوعات ضمانا وتصرفا بالوطي للجارية ومنعا للمشتري
المالك عن بيع ملكه وهبته وعتق مملوكه وعبده فان جميع ذلك ينافي اختيار
المالك على انفاذ التصرفات في ملكه فيكون فاسدا فهل بفساده يبطل ويفسد العقد ايضا
ام لا فيه الكلام الاتي بابه انشاء الله وهذا التعليل في وجه بطلان هذه الشرائط في ضمن العقود
واستشكل العلامة ره اي جعل ذلك مشكلا في التذكرة في بطلان شرط عدم البيع
وعدم العتق في ضمن العقد وفساده حيث دار فيه وقد يناقض ولورود نقضا
على ما ذكر من بطلان تلك الشروط كلها او بعضها بجواز اشتراط العتق وجواز اشتراط

وغير الجائز ٢

وهو غلط صريح ٢

فالملك الذي هو مقتضى [illegible]

الأصلية ٢

او دخلته في الوطي ٢

اشتراط عدم انتفاع المشتري بالمبيع في زمان معين واما اشتراط عدم الانتفاع به اصلا
او عدم الانتفاع به في زمان معين عند الشارط مجهول عند المشترط فهو باطل اما الاول
فلمنافاته لمقتضى العقد وغرضه الاصلي حسبما حققناه سابقا واما الثاني فاما لان ذلك غرر لاجل
بالجهل والتكليف به بما لا يطاق من جهة وجوب الوفاء بالعهد او استحبابه وهو منفي في الشريعة
السمحة السهلة واما اشتراط عدم الانتفاع به في زمان مبهم عند المتعاقدين من الازمنة فهو
صحيح وموكول على اختيار المشتري اي زمان شاء فيترك الانتفاع به فيه ولا اعتبار عليه
مثل ان يشترط البايع لنفسه سكنى الدار التي باعها من المشتري سنة اذ لا ينحصر العرض
الاصلي في نبيعها في سكنها المالك في حين الانتقال او ركوب البايع الفرس يوما
او نحو ذلك من الشرائط السائغة بالاجماع او اشتراط المراة في ضمن اجراء صيغة عقد
النكاح على زوجها على ان لا يخرجها الزوج من بلدها كما ورد به النص الدال على صحة هذا الشرط
اقول يمكن تقرير هذا الاشكال على وجهين الاول ان يقال اذا صح بالاجماع اشتراط
البايع على المشتري ان يعتق العبد المبيع واشتراط انتفاعه بالمبيع في حين العقد الى زمان
معين وغيرهما فلا بد ان يكون اشتراطه عليه على ان لا يعتقه صحيحا بطريق الاولى لزوال المبيع
عن يد المشتري في الاول وبقائه في الثاني ما دام الحيوة والعرض في البيع تحصيل الملك به
غالبا فاشتراط عدم العتق انسب بالغرض في العقد ولذلك حكم بان الاولوية لا يتم في بعض
الامثلة السابقة مثل اشتراط عدم وطي الجارية وعدم بيعها اذا ازدادت قيمتها على القيمة
التي اشتراها بها المالك اما الاول فلان المالك قد لا يمكن له رفعه مع كونه عزوبا
فمنع جواز الوطي حرج اضرار عليه واما الثاني فلان المشتري قد يقصد في شرائه الجارية
الانتفاع ببيعها على ازيد مما اشتراها به بل غالب الناس قاصدون لذلك في زماننا هذا
الثاني ان مقتضى العقد جواز انفاذ التصرف في المبيع في حين الفراغ في القبول للبيع
وهذا جار في اشتراط البايع لنفسه السكنى في الدار شهرا مع انه جائز اجماعا وكذلك في
اشتراط عدم العتق اذ قد لا يقصد المشتري من اشتراء العبد عتقه قربة الى الله وطلبا لرضائه
مع انه جائز وكذلك الكلام في اشتراط عدم خروج المراة من بلدها اذ مقتضى الزوجية جواز
التصرف في اقسام الزوجية والانتفاع بها مع انه جائز نصا واجماعا وهذا الوجه ايضا
جار في اشتراط عدم العتق وعدم الوطي بالجارية اذ مقتضى الملكية جواز هما فصحة هذا الشرط
في الامثلة الاول يستلزم صحته في ذينك الشرطين ايضا اذ لا فارق بينهما اصلا
فالصحة في بعض والبطلان في بعض اخر مع اشتراكهما في جميع الامور ترجيح بلا مرجح وتحكم
وهو باطل واليه اشار العلامة ره بقوله فان مقتضى الملك اطلاق الانتفاع

الامر ٢

وقد يعقده ٢

بالمبيع في حين الفراغ من الصيغة وهذا راجع الى البيع ومقتضى الزوجية الكاملة في عقد
النكاح التسلط على الزوجة في تعيين النفقة والسكنى ويمكن التخلص عما ذكر الالزام
من الاشكال اما اولاً ففي الاولين اعني صحة اشتراط العتق وصحة اشتراط عدم انتفاع
المالك المشتري بالمبيع الى زمان معين فيتخلص عن الاشكال بهما بالاجماع ظاهرا كما يظهر
من جواز هذين الشرطين اجماعيا من العلامة قدس سره وغيره من الاصحاب وحاصله ان الاجماع
هو الذي اوجب صحة هذين الشرطين ومع قطع النظر عنه فهما من الشرايط التي
ذكروا انها غير سايغة شرعا فهو المخصص لعموم بطلان الشرط المخالف لاطلاق
الانتفاع اقول ويمكن دفعه بانه ان قلنا بان العكس المنصوص العلة اي كان حجة شرعية
فيقاس اشتراط عدم عتق المبيع باشتراط عتقه مضافا الى ان الاول اولى بالصحة واشبه
بمقتضى العقد حسبما بيناه وجهه سابقا ويمكن التخلص ايضا عما ذكره في الثالث اعني صحة
اشتراط ان لا يخرج الزوجة من بلدها بورود النص فيه كما يستفاد من النص فهو الدال على
الصحة وفيه ما قلناه في سابقه ايضا ويمكن التخلص ايضا في العتق مضافا الى الا
جماع على صحة اشتراطه كونه مبنيا على التغليب اي على تغليب حق الله وعرضه على ما
يقتضيه العقد وهو اطلاق الانتفاع بالمبيع وجواز انحاء تصرف المالك في ملكه
ولما كان التغليب خلاف الاصل والظاهر فلا بد له من دليل لانه يجب اقامته على كل
مخالف للاصل فقال مشيرا اليه فان عناية الشارع المقدس جل شانه بوقوع هذا اي
بوقوع العتق حتى انه جعل ثوابه عتق كل جزء من المعتق بالكسر من النار في دار القرار
بازاء عتق كل جزء من اجزاء العبد المعتق توجب تحققه بادنى سبب وهو اشتراط
البايع على المشتري عتقه كما لا يخفى وجه تحققه لوجود ادنى سبب وعلة ناقصة من تتبع
مسائل كثيرة من مسائل العتق وكتابه ولا اختفاء في ان هذه العلة لا تجري في اشتراط
عدم العتق لمنافاته لها اقول يمكن جريانها في اشتراط الضمان اذا انفقت قيمة المبيع
في القيمة التي اشتراه بها المشتري وتقريره ان يقال لما كان عناية الشارع عدم وصول
ضرر الى المسلمين حتى نفى العسر والحرج عنهم فيجب صحة هذا الشرط والوفاء به بادنى سبب
مع انهم حكموا ببطلانه فهذه العلة وان لم تجر في جميع الامثلة التي نقضها لكنها لما وجدت
في بعضها فبضميمة عدم تفرقتهم بين الشروط المتقدمة يتم المدعى ويستلزمه كما لا يخفى (ثبوت)
واما ثانيا فنقول في التخلص عن الاشكال بابداء الفارق بين الامثلة التي نقضها التي
لم يكن الشرط فيها صحيحا وبين الامثلة التي يجوز ذلك فيها وهو يرفع الاشكال لانه
مبني على عدم الفرق بينها حسبما ذكرناه فنقول ان اشتراط العتق واشتراط انتفاع البايع

البايع بالمبيع مدة معلومة واستحقاق المرأة للسكنى العين لم يثبت كونها منافيات لمقتضى
العقد مطلقا او مع الشرط ايضا وهذا اصعب للاشكال الاول وكذا الى ما يقال وكل شرط في ضمن
العقد لم يثبت منافاته لمقتضاه فهو صحيح فيكون تلك الشروط صحيحة ايضا لعدم منافاتها له
فان قلت سبب بطلان الشرط ليس منحصرا في منافاته لمقتضى العقد حتى يقال انه لا منافات
فلا بطلان لجواز ان يكون الشرط موافقا لما يقتضيه العقد لكنه كان باطلا من جهة اخرى توجب
قلت هذا الكلام صحيح لكن ليس في تلك الشروط ما يوجب بطلانها بحسب الظاهر ومن فرض ان في بعض الا
انما يوجب بطلانها ونضيفه اصالة عدم وجود المبطل في كل منها يتم المدعى ولما كان هنا لقايل
ان يقول الصغرى ممنوعة عندنا رام دفع هذا المنع وابداء الموافقة بقوله فان المذكورات لا
تنافي تسلط المشتري والخروج عن الملك والتوجه ذاتا ولا عين فرد من افراد التصرفات
بل توجب تعيين فرد من افراد التصرف فيه ان في هذا الفرد الذي عينه الشرط من بين الافراد
مصلحة لاحد المتعاقدين او لكليهما اقول وفيه نظر واضح لان هذه العلة بعينها جارية في اشتراط
عدم البيع وعدم العتق وعدم الوطي وعدم الهبة والضمان اما في الاول فلانه لا يمنع عن ساير
تصرفات المالك في عبده او امته بل يعين افرادا معينة من التصرف ويخرج فردا معينا منه واما في
الثاني فلك وهكذا نقول في الجميع واما الضمان فقد عرفت وجهه سابقا مضافا الى انه لم يخالف هذا الشرط
واحدا من مقتضيات البيع بل صار هو زائدا عليها ومؤيدا لها والكل واضح جدا فاذا اراد
ان يشتري عبيدا او اماء للعتق عن الكفارة وللخدمة كليهما وكان عند البايع افراد من
المماليك تكون عنايته بعتق بعضها واشترط البايع على المشتري في البيع ان يجعل ذلك البعض
مما يعتقه والاخر للخدمة فذلك الاشتراط في ضمن العقد على المشتري لا ينافي موضوع البيع (للمخالفة)
عرفا ولا دليل على منعه شرعا فليشمله عموم ادلة الشرط وكذا اشتراط السكنى مدة وكذا السكنى
للمرأة اقول وفيه بحث لان ثبوت حكم شرعي لموضوع بسبب علة مخصوصة من العلل المتغايرة
لا يوجب عدم ثبوت هذا الحكم لموضوع اخر بسبب اشتراكهما في العلة الموجبة لثبوته في احدهما
بسبب تحول تلك العلة لاحدهما الاخر ايضا وجريانها فيه ولذلك اشتهر ان ثبوت شيء لا ينفي
غيره وقد بيناه ان جميع الامثلة مشتركة في عدم منافات شروطها لمقتضيات عقودها فيجب
ان يكون جميع الشروط صحيحا اذ لو كان بعضها صحيحا وبعضها فاسدا لكان هذا ترجيحا بلا مرجح
وهو باطل عقلا وشرعا وعرفا واحتمال وجود مبطل اخر في البعض الفاسد جار بعينه في البعض
الصحيح لعدم المرجح مع انه مدفوع باصالة عدمه واقول لو سلمنا بطلان بعض تلك الشروط
فنقول صحة اشتراط العتق كما ذكره انما هي فيما اذا اراد المشتري من شراء العبد عتقه واما فيما
يريد به الخدمة فلا خفاء في ان هذا الشرط مخالف لغرضه الاصلي فالدليل اخص من المدعى
فان قيل يتم مدعاه بضميمة عدم الفرق فاقول هذا اول الكلام ولا نسلم عدم الفرق

وقد ذكرنا في بيان ان البيع واشتراط عدم انتقال الوصفين الى العاقدين باطل كالشرط
ان ما ينافي مقتضى العقد من الشرط هو ما اي الشرط في ضمنه يخرجه عن حقيقته عرفا
اي اخراجه في العرف او حقيقته العرفية الشرعية او يخرجه الشرط عن صحته شرعا
وما ذكر العلامة من الشرائط الى غيره ليس من هذا القبيل وانت خبير بان الشرائط
التي عددها فاسدة ليست من هذا القبيل ايضا حسبما حققنا وجه مرارا ثم اعلم ان
الذي ذكره المصنف في الجواب والتخلص عن الاشكال لما لم يكن منافيا لصحة اشتراط
عدم العتق مثلا مع ان مقصوده هو بيان عدم صحته تصدى هنا لهذا البيان فقال
واما الامثلة الاخر مثل اشتراط عدم البيع وعدم العتق وعدم الوطي وعدم الهبة في الضمان
فهي مستلزمة لنفي التصرف في الملك عن المشتري والعقد يقتضي جوازه حال كون التصرف
الذي يقتضيه العقد مطلقا ومستمرا في كل فرد فرد منه وكل شرط ينفي التصرف عن المالك
فهو باطل لمنافاته للغرض الاصلي من العقد فيتضح ان تلك الشروط في هذه الامثلة باطلة
ولكنك خبير بان اشتراط العتق يمنع عن تصرف المشتري في العبد او الامة بامرهما
بالخدمة مع ان مقتضى العقد جواز التصرف المطلق والمستمر في جميع ازمنة بقاء المعقود عليه
وما كل ذلك الا مصادرة على المطلوب ثم انه اراد ابداء الفارق بين اشتراط عدم
العتق وبين اشتراط العتق فقال بل المقصود من اشتراط عدم البيع والعتق ونحوهما
في الامثلة المذكورة هو نفي هذه التصرفات ابدا لا اثبات ضدها وذلك يوجب بطلانها
اقول وانت خبير بما فيه اما اولا فلان اشتراط نفي تصرف خاص ابدا لا يوجب نفي
ساير التصرفات فاشتراط عدم العتق وان كان غير مثبت لضده الا انه لا ينافي الخدمة منه
ونحوها من التصرفات فلا ضير فيه اصلا واما ثانيا فلان اشتراط عدم اخراج الزوجة عن
بلدها لا يثبت ساير التصرفات اللاحقة بالزوجية فيلزم ان لا يكون صحيحا بل فاسدا مع
ان الاجماع والنص ناهضان على صحته واما ثالثا فلان اشتراط عدم العتق يستلزم بالالتزام
الغير البين اثبات جواز ساير التصرفات اذا كان مراد المصالح بالكسر في صلح عبده
على ابنه ان يخدمه وهو ظاهر جدا فلو فرض في مقام اشتراط عدم البيع واشتراط
عدم العتق الوقف في سبيل الله كالوقف لخدمة المسجد فالظاهر جوازه وصحته
لا لاثبات اشتراط عدم العتق امرا صحيحا شرعا وهو يعارض بطلانه ويحتمل بطلانه ايضا
لان الباطل كالمعدوم عند الشارع فلا يكون مؤثرا في وجود شيء آخر لانه فرع وجوده
وكذلك الشرط المذكور صحيح لو شرط في مقام عدم هبة الثوب لبس المشتري بنفسه

علم ٤

له او لو شرط البايع على المشتري في مقام عدم الوطي بالجارية الامساك عنها اي عن الوطي بها
مدة لصغرها ولتجبر البايع اياها من امراضها بالترحم عليها في البيع اقول هذا الجواز في تلك
الامثلة لا يدل على بطلان اشتراط عدم الهبة مثلا كما ان هذه الامثلة بعينها فيه ايضا بلا تفاوت
والحاصل ان ما استشكله العلامة حق لا محيص عنه فان جميع ما ذكره المصنف في التخلص عنه
معارض بمثله حسبما حققناه وبالجملة اراد بذلك ابداء فارق آخر بين الامثلة السابقة
والباطلة المقصود للبايع المشترط في اشتراط العتق او السكنى مدة ونحوهما هو اخراج البايع
الملك في الاول او المنفعة في الثاني عن يد المشتري ببدله واختياره فهو حينئذ اي المشتري
عن التصرف الذي هو مقصود البايع بالذات هو عدم التصرف في حال عدم الملك لا مع
ثبوته لان البايع لو شرط ان يسكن الدار لو يوما معينا حين في هذا اليوم لم يضر ملكها للمشتري
ولان ثبوت الملك يقتضي اطلاق التصرف فمنع بعض التصرفات ليس الا تناقضا وتخالفا ومقصود
ومقصود البايع في الامثلة الاخر التي لا تسوغ شرائطها حسبما ذكره العلامة هو
ممنوعية المشتري عنه اي عن التصرف في ملكه المنتقل اليه بالعقد الشرعي في حال
الملك وهذا ليس الا تناقضا وهو محال فيكون علته اعني الشرط محالا لانه اولى بالمحالية
اقول وفيه نظر فان الدار المبتاعة قد انتقلت الى المشتري وصارت ملكا له لوجود سببه
التام اعني العقد الشرعي الذي جعله الشارع علة تامة لحصول الملك به اذا كان صحيحا
كما اعترف به المصنف سابقا اقصى الامر ان العقد الغير المشروط يقتضي اطلاق التصرف
في جميع الازمنة واما مع الشرط فيقتضي الاطلاق ايضا بعد مضي زمان الشرط سواء
انتفع البايع فيه بالمبيع ام لم ينتفع لان الشرط كان منحصرا في يوم مخصوص ولا يجوز اشتراط
الانتفاع به يوما مبهما لانه ربما يؤدي الى عدم انتفاع المشتري بمشتراه في جميع الازمنة
واشار اليه ان نبه اشكال العلامة بما ذا بقوله ولعل العلامة قدس سره في اشكاله
في عدم جواز اشتراط عدم البيع وفي عدم جواز اشتراط عدم العتق كما ذكره القوم
ناظر الى عدم الفرق بين اشتراط العتق وبين اشتراط عدمه وناظر ايضا الى عدم الفرق
بين اشتراط عدم البيع وبين اشتراط السكنى فحكمهم ببطلان الشرطين الاولين وصحة
الشرطين الاخرين ليس الا ترجيحا بلا مرجح فيكون باطلا او لعل العلامة قدس سره في كلامه
المذكور ناظر الى بعض الروايات الواردة في جواز اشتراط عدم البيع وعدم الهبة كما
سنشير اليه ان شاء الله وقد عرفت دفع الاشكال عن الاول بحيث ان يكون المراد به النظر الا
ول كما يحتمل ان يكون اشتراط عدم العتق وسنحقق الكلام في الثاني هذا يحتمل الاحتمالين
الضاد على الاخير منهما يكون الطرف حينئذ اشتراط عدم الهبة اقول قد عرفت ضعف
جميع ما ذكره سابقا وما ذكر ثانيه في الخلاص عن الاشكال في الجواب الثاني الفرق

عدم بما معاه

في الانشاء الظاهر هذا قيد للشرطين معا فالتقييد صحيح بسبب عدم الفرق بين العبد والامة لاصالة عدمه

ان منافات اشتراط السكنى في البلد للمرأة لمقتضى العقد ايضا كان اشتراط سكنى البايع في
الدار باعواض المشتري عين معلوم بل لا منافات فيه اصلا فالكلام اللازم فيه ايضا
غير وارد وانت تعلم انه لا يدعي ايضا عدم المنافات فيه وفي الشروط التي جعلوها فاسدة
اقول ويمكن الاستدلال على فسادها بان يقال الاحكام الشرعية امور توقيفية متلقات
من الشارع لا مدخل للعقل في كثير منها والاصل في كل الممكنات عدمها وفي كل افعال المكلفين
عدم صحتها الشرعية حتى يثبت بالدليل الشرعي انها صحيحة فاشتراط عدم البيع وعدم الهبة
وعدم العتق من جملة افعال المكلفين ومن جملة الممكنات ايضا فالاصل فسادها لا سيما اذا كانت
مخالفة لما تقتضيه ظاهر عقودها من اطلاق التصرف والانتفاع ولم يثبت من دليل شرعي صحتها
فيكون فاسدة فان قلت عموم ادلة الشرط مثل المؤمنون عند شروطهم يشملها فيكون مندرجة
تحت الشرط الجائز قلت هي مخصصة بالشرائط الصحيحة اذ لا اعتبار بالفاسدة عند الشارع
والتخصيص وان كان خلاف الاصل ومحتاجا في ارتكابه الى الدليل الا ان العقل مخصص لعمومها
فان قلت هذا الدليل يوجب بطلان كل شرط في ضمن العقد اذا لم يثبت بالدليل الشرعي صحته
مع ان هذا اللازم مخالف لاتفاقهم على القول بصحة كل شرط اذا لم يثبت فساده بدليل
سواء علم صحته او جهل فالملزوم اعني الاستدلال المذكور باطل لانتفائه عند انتفاء
اللازم الذي هو اعم منه غالبا وينتفي الخاص بانتفاء العام قلت ان الشرط على قسمين
الاول هو الذي يعلم بالدليل المعتبر صحته شرعا او بطلانه شرعا ولا اشكال فيه اصلا والثاني
ان يعلم عدم منافاته لمقتضى العقد وبعبارة اخرى لم يعلم فساده شرعا ونحن نقول انه لم يظهر انه
مناف لمقتضى العقد فادلة صحة كل شرط في ضمن العقد تشمله واما ان ظهر منافاته له فيجب الظ
فالحكم بالصحة مع نظر الى منافاته الظاهرية واصالة عدم الصحة مشكل فان قلت ادلة
الشرط معارضة لاصالة العدم اتفاقا فان اصل العدم بل جميع الاصول العقلائية لا تعارض
الادلة اتفاقا فلا اشكال قلت عموم ادلة المنافي لمقتضى العقد ولو كان في الظاهر يوجبه لبطلان الشرط
معارضة لعموم ادلة الشرط والاولى متقدمة لتاييدها باصالة عدم الصحة هذا واضبط سعيك
وعند ذلك يرتفع الاشكال عن اصله ويصح مدعى المصنف قدس سره وان كان دليله على مجازه باطلا
ومعارضا بمثله المطلب الثاني من المطلبين الباقيين في اقسام الشرط في ضمن العقد
قد عرفت في بطلان اشتراط الاكتفاء العوضان الى المتعاقدين في البيع وفي بطلان اشتراط
عدم الانتفاع بالمبيع اصلا وفي غيرهما ايضا ان من اقسام الشرط الغير الجائز والفاسد
هو ما كان منافيا لمقتضى العقد كان الاولى ان يقول ما كان منافيا اما لنفس العقد او
لغرضه الاصلي الذي لا بد منه فيه كالشرطين اللذين ذكرناهما فان الاول للاول
والثاني للثاني والظاهر انه لظهوره ترك التصريح به فلما الكلام في تاتي اقسامه والبحث

عنه فاعلم ان الشرط الجائز والشرط الغير الجائز والاول هو الصحيح والثاني هو الفاسد
يحتمل كل منهما لمعان ثلثة الاول من تلك المعاني الثلثة كون المشترط في العقد مع قطع النظر عن الشرط
جائزا او غير جائز في الشرع مثل اشتراط عمل العنب المبيع خمرا فانه حرام مع قطع النظر عن
شرطيته في ضمن العقد وعن الالتزام والالزام به فيه فيكون غير جائز فيكون فاسدا ومثل اشتراط
عدم وطي الجارية المبيعة فانه جائز شرعا فيكون صحيحا على ما ذهب اليه كلامه قدس سره والثاني
كون اشتراطه جائزا اعني به اي اشتراطه والتزامه في ضمن العقد او غير جائز اشتراطه فيه وان
كان نفس الشرط جائزا ام لا فانه لا تلازم عقلا وشرعا بين جواز الشرط وعدم جواز الالتزام به
لكنه لا بد من وجود التلازم بين عدم جواز الشرط شرعا مع جواز الاشتراط به اذ هذا يوجب
وجوب الحرام او استحبابه على الخلاف في وجوب الوفاء بالعهد او استحبابه كما سيأتي ان شاء الله تحقيقه
فالاول مثل ان عدم انتقال المبيع الى المشتري والثمن الى البايع في البيع جائز بسبب مانع عنه
لكنه لا يجوز الالتزام به لمخالفته لنفس البيع واركانه المتقوم وجوده بها المنتفي بانتفائها
والثاني مثل ان عمل العنب خمرا حرام شرعا فلا يجوز الالتزام به ايضا ومن قول المصنف
غير صحيح اللازم الذي يريد من جواز الاشتراط وعدم جواز الشرط الايجاب اعني بطريق
القضية المهملة الكائنة في قوة القضية الجزئية بان لو جد هذا الفرض في قليل من الصور وفيه ما فيه
والثالث ورود جواز اشتراطه والالتزام به في العقد من الشارع او عدمه وقد يجتمع بعض
هذه الاقسام مع البعض الاخر منها في مادة من المواد وصورة من الصور فان اشتراط
عدم خروج المرأة من بلدها جائز وقد ورد من الشرع جوازها ايضا للنص عليه مع الاجماع
وقد يفترق بعض تلك الاقسام عن البعض الاخر مثل اشتراط عدم انتفاع المشتري بالمبيع
في يوم معين فانه جائز مع انه لم يرد على جوازه نص من الشارع فقد اجتمع فيه المعنيان
والقسمان الاولان وليس فيه القسم الاخير فيكون النسبة بين هذه الاقسام هي العموم من وجه
اقول وفيه تامل لان معنى العموم من وجه ان يجتمع الكليان في مادة واحدة ويفترقا في اخرى
بان يوجد في موضع احدهما بدون الاخر وفي موضع بالعكس وهذا غير جار في تلك الاقسام
اذ لو نص الشارع على الجواز فلا يفترق عنه القسمان الباقيان الاولان وهذه مادة الاجتماع
فلها مادة افتراق واحدة لا ثنتان فالظاهر ان النسبة بين الاخير وبين الاولين العموم والخصوص
المطلقان بمعنى انه اخص منهما مطلقا وهما اعم منه كذلك اذ كلما نص الشارع على الجواز
او على عدمه فيجوز فيه القسمان الاولان ايضا او لا يجوز كلاهما والنسبة بين الاولين هي
العموم والخصوص المطلقان ايضا كما بيناه وجها انفا فليتدبر فان المقام دقيق المرام جدا ثم انه
اشار الى محل النزاع من تلك الثلثة بقوله والظاهر ان موضوع المسئلة في هذه الرسالة
وان ما يبحث عنه في هذا المقام هو الثاني من الاقسام الثلثة اعني جواز الالتزام وعدمه

عدم م

وهو متضمن للمعنى الاول اي يستلزم له استلزاما بيناً حتى كانه جزئه اذ كلما صح وجاز
الالتزام والالزام الشرعي في ضمن العقد شرعا فيكون الشرط نفسه من مجوزات الشرع ايضا
حسبما اشرنا اليه سابقا من انه لا يجوز الالتزام بشيء محرم شرعا لاستلزامه تحليل الحرام وهو بديهي
واذا كان المعنى الثاني مستلزما له فالاولى جعله موضوعا لانه اخص والعام موجود في ضمنه
بخلاف ما لو جعل الموضوع هو الاول فانه لا يستلزم الثاني كما عرفته سابقا فلو صح ان
يقال قد يجوز في الشرع شرط ويجوز الاشتراط به ايضا وقد يجوز الاول دون الثاني
ولكن لا يجوز عكسه لاستلزامه تحليل الحرام وح فالمعنى الاول اعم من الثاني مطلقا فيكون
الثاني اخص منه مطلقا ووجود الخاص يستلزم وجوب وجود العام جزما لتركب حقيقته
من العام والفصل المميز له عن ساير انواع العام وهذا واضح فهو اي المعنى الثاني وحده
هو اللائق بان يكون قاعدة في الباب لانضباطه فظهر بذلك ان المعنى الاول ليس موضوعا
واما المعنى الثالث فانه وان كان لا شك في البناء على ما ورد به النص من الجواز وعدمه
لانه مستلزم للمعنى الثاني الذي هو الموضوع لكنه خارج عن المبحث لعدم الاطراد في نفي
الشرط الشرعي اعني ما نص الشارع على جواز الاشتراط به قسمان الاول ما هو شرط
العقد سواء ذكره المتعاقدان في ضمن العقد ام لا بل ذكره لغو لان العقد يستلزمه فهذا الشرط
قليل غير شايع الثاني ما ليس شرطا لازما للعقد لكن نص الشارع على انه يجوز اخذه في
ضمن العقد ويصح الالتزام به لمن اراد الاشتراط به وهذا ايضا كسابقه في عدم الشيوع والقلة
والفرق بينهما ان الاول لازم للعقد وان لم يذكره المتعاقدان في ضمن العقد والثاني خارج عنه
غير لازم له لا يحصل الالتزام به الا بذكره في ضمنه ولا يكفي النية عن ذكره والملفوظ به في ضمنه
ومن ذلك اي من هذا التقسيم للشرط ومن جعل الثاني من الاقسام موضوعا للمسئلة المبحوث عنها
ظهر لك ان قول الشهيد الثاني ره في اخر كلامه الذي نقلنا عنه في ضابطة الشرط الجايز
والغير الجايز حيث قال هناك لان كل ما صح اشتراطه فليس منافيا للكتاب والسنة محل نظر
اقول توجيهه ان يقال ان اريد من صحة الشرط نص الشارع على جواز الالتزام به بخصوصه
فهذا مع كونه خارجا عن المتنازع فيه احد افراد الشرط الجايز ولا ينفي جواز الاشتراط بما
لم ينص الشارع على جوازه بعد عدم ظهور فساده بدليل شرعي وان اريد من صحة الشرط جواز
نفس الشرط فيه مع انه ايضا خارج عن محل الكلام ان جواز نفس الشرط لا يستلزم صحة
اشتراطه والالتزام به حسبما حققنا وجهه وان اريد من صحة الشرط صحة الالتزام به فحكمه ببطلان
اشتراطه [illegible] خنزيرا لمجوس والخمر هناك باطل لعدم ظهور فساده من دليل شرعي معتبر ودليله
الذي ذكره هناك ايضا قد عرفت ضعفه مرارا هذا ما خطر بالبال الفاتر في توجيه النظر فقوله ان

ان امثلة المعنى الثالث وهو المصرح بجوازه في الشرع يجيء بعضها في ذكر الاخبار الواردة
في هذا الباب ومن امثلته ما يكون الشرط مع قطع النظر عن شرطيته غير جائز فيكون اشتراطه ايضا
غير جايز لانه اخص من الاول وبطلان العام يوجب بطلان كل خاص هو نوعه المركب منه ومن
غيره فهي اشتراط شرب الخمر والزنا ونحوهما من المحرمات كالسرقة وترك الصلوة والصيام
وغير ذلك مما لا احتياج لوضوحه الى ذكره ومن امثلة ما يكون التزامه صحيحا في الشرع ولكن اشتراط
اشتراط ح
الاستمرار عليه في جميع العمر من المحرمات الشرعية فيصير حراما وباطلا هو فعل المكروهات
في مدة العمر او اشتراط ترك المباحات الشرعية في جميع عمره او اشتراط فعل المستحبات
في جميع ايام حيوته كان يشترط تعليم الاطفال بالسن ابدا فان تعليمها بالسن عن خروج
مكروه اذ الراجح تعليمها من الحديد وغيره او مثل ان يشترط ان لا يلبس الخز في جميع العمر
او مثل ان يشترط ان لا يترك النوافل في مدة عمره وحيوته فان لبس الخز مباح شرعا و
فعل النوافل مستحب مؤكد في الشريعة حتى انه عد تاركها في ابتداء العمر الى اخره مع القدرة عليها
عاصيا بالكباير ومعاقبا عليه لانه مستخف بالشريعة كما ورد ذلك في الاخبار الكثيرة
فان جعل المكروه والمستحب واجبا وجعل المباح حراما حرام في الشريعة لان ذلك بدعة
وهي اشد المعاصي الكبيرة فيكون جميع تلك الشروط محرمة وباطلة لاستلزامها الحرمة الا برخصة
من الشارع في جعل المباح واجبا او محرما او المستحب واجبا حاصلة بها الرخصة
من الاسباب التي جوزها الشارع وجعلها قابلة لانقلاب الاحكام عن اصلها الى حكم عارض بها
احدها ح
كالعهد والنذر واليمين فيما ينعقد فيه اليمين لا مطلقا ولم يثبت بدليل شرعي ان الشرط
من جملة تلك الاسباب القابلة لانقلاب الاحكام الشرعية الاصلية الى العارضية فيكون كل شرط يقلب
الحكم الشرعي الاصلي الى غيره باطلا ومحرما والثلثة المذكورة من جملته وفرد منه فهي ايضا باطلة
فان قلت اذا قلنا بان الوفاء بالشرط غير واجب كما ذهب اليه بعضهم فلا يصح ما ذكره
المصنف من العلة الباطل فالبطلان ليس على اطلاقه بل على القول بوجوب الوفاء وهو مم
قلت اذا لم يجب الوفاء فلابد من القول باستحبابه اذ لم يقل احد باباحته على ما هو الظاهر من كلماتهم
فيلزم انقلاب المباح مستحبا والمكروه ايضا منقلبا اليه وهو غلط والحاصل ان مناط
البطلان الانقلاب بتحليل الحرام وتحريم الحلال سواء كان الحلال المنقلب واجبا ام مستحبا ام
مباحا وان كان ظاهر الاخير للقطع بان تحريم الواجب والمستحب حرام شرعا وبدعة محرمة
والمستفاد ذلك اي بطلان شرط يفضي الى انقلاب حكم موضوع الى حكم اخر غيره كما في هذه الثلثة
من كلامه عليه السلام في رواية اسحق بن عمار ان عليا عليه السلام كان يقول من شرط لامرأته في ضمن عقد النكاح
او في ضمن عقد اخر لازم شرطا فليف به ظاهر الامر عند التجرد يفيد الوجوب لاسيما اذا اريد
لها ح
في الشرط الذي اخذ في ضمن العقد اللازم لسراية لزومه اليه كما قلناه سابقا فيصير واجب الوفاء به

فان المسلمين عند شروطهم الا شرطا حرم حلالا اصليا وقلبه الى الحرام العارض او احل
حراما اصليا وقلبه الى الحلال العارض ولا يكون هذا الحكم مختصا بالشرط للامراة لعدم
القول بالفصل وللاجماع على عدم الفارق بين الشرط الذي احل الحلال او حرام الحرام
للمراة وبينه للرجل في كل عقد من العقود اللازمة والجايزة فلا يرد عليه ان هذا الحديث
لا يدل على بطلان الشروط الثلثة التي قصرنا دعوانا انها قد لا يكون للمراة بل يشترطها الرجل

في ايضاح من الاستحلالات م

فان قلت ان الشرط في ضمن العقد اللازم كالنذر والعهد ونحوهما كمن الاسباب الشرعية
المغيرة للحكم الشرعي الاصلي في اي موضوع كان من الموضوعات بسبب رجحة الشارع وجعلها ناقلة
وقالبة بسبب ازدياد المصلحة في القلب لانه لا يكون فيه فائدة الا فائدة الحكم الاصلي
كما توهمه بعض القاصرين واعترض بانه لغو وكل لغو فهو من القبايح وكل قبيح فهو فاسد شرعا
بل الغالب فيه ان في الشرط هو ايجاب ما ليس بواجب بدون هذا الشرط وعند عدمه
وهذا مبني على وجوب الوفاء بالشرط اذ لو لم نقل به فلا ايجاب بل الايجاب لاستحباب الوفاء
به بعد ما لم يكن موجبا ومستحبا فان بيع الرجل ماله او هبته لغيره مباح واما لو اشترط في
ضمن عقد بيع اخر فيصير بيع المال من الغير او هبته به واجبا فما وجه تخصيص الشرط بغير
ما ذكرت من الامثلة اقول الجواب عنه اما اولا فبان الاجماع حصل ووقع على ان النذر
وشبهه من جملة الاسباب الشرعية التي تقلب الاحكام الاصلية عن الموضوعات ولم يثبت كون
الشرط من جملتها ايضا حتى يكون صحيحا اذا احل حراما او حرم حلالا الا حل الرخصة عليه
واما ثانيا فلان لزوم البيع او الهبة ليس دائما بل انما هو منصرم وقتية بمجرد اجراء صيغة البيع
او الهبة ومنع جوازه ايضا مدفوع بانه لو لم يكن صحيحا لما كان شرط من الشروط صحيحا لانه يجب
في الاصل مباحا او غيره واذا التزم به في ضمن العقد فيخرج عن الاباحة مثلا الى غيرها والتالي باطل جزما
قلت في الجواب عن هذا السؤال ان الظاهر من تحليل الحرام وتحريم الحلال هو تاسيس القاعدة في
هو اي تاسيس قاعدة توجب هذين الامرين الجاريين تعلق المرسل الحكم بالحل او الحرمة مثلا
الباء صلة للحكم وقوله بفعل من الافعال على سبيل العموم اي الكلية لا لكل فرد لان المراد في هذا العموم
لا الافرادي بمعنى العموم المنطقي لا الاصولي يعني كل فرد من افراده كما في الكليات صلة للتعلق من ذي
النظر في تاسيس تحليل الحرام وتحريم الحلال الخصوصية في ذي فرد من افراده فيحرم ... شرعا
مثلا منع الشارع المكلف عن ترتب جميع ما يطلق عليه هذا الكلي صدقا خارجيا وهكذا يمنع
حلية البيع شرعا ان الشارع احل هذا الكلي الموجود في ضمن كل فرد من افراده الخارجية التي توجد
البايعون والمشترون لا حلية بيع معين من البيوع لعدم المرجح ولا مبهم منها لاستلزامه الاغراء
بالجهل لان الغرض عدم بيانه فالتزوج والتسري اي الجماع لانه يقع في التسري كتسمية
في قبل تسمية الشيء باسم محله المكاني او الزماني مثلا امر كلي فالتزام تركه في ضمن عقد النكاح او

وتحريم هذا الفرد لا كلية م

او في ضمن عقد لازم اخر فهو مستلزم لتحريم يعني تحريم كل فرد من افراد كل منهما وهذا تحريم حلال كلي
فيكون بدعة وهي من جملة الكباير واشدها لكونها افتراء على الله او تشريعا له وكذلك اي مثل كون تحريم
التزوج والتسري كلاهما امرين كليين لا نظر فيهما الى خصوص فردين من افرادهما جميع احكام
الشرع من احكامه الطلبية اعني التكليفية وهي الاحكام الخمسة المعروفة والوضعية وغيرها
وفيه دلالة على ان الوضع حكم شرعي ايضا لا انه مستلزم له على ما ذهب اليه جماعة من الاصوليين
وانما يتعلق الحكم الشرعي مطلقا سواء تكليفيا ام وضعيا والاول واجبا ام مستحبا حراما ام مكروها ا
م مباحا بالجزئيات باعتبار تحقق الكلي فيها يعني ان الحكم الشرعي متعلق اولا واصالة وبالذات
بالكليات ثم بالجزئيات ثانيا وبالتبع والعرض باعتبار انها مقدمة لتحقق هذه الكليات في
ضمنها ولتوقف وجودها في الخارج عليها وعند بعض الاصوليين كصاحب المعالم ان الحكم يتعلق
اولا وبالذات بالجزئيات لاستحالة وجود الكلي الطبيعي في الخارج فلا يمكن المستحيل وجوده فيه متعلقا
للاحكام الشرعية لاستحالة التكليف بما لا يطيق المكلف على الجادة ومقدمة الواجب المطلق عند
المصنف ليست بواجبة بالاصالة بل بالتبع فلا يتعلق لوجوبها البيع ما يتعلق لوجوب ذيها الا في الثمرات والفروع
فالمراد من تحليل الحرام وتحريم الحلال المنهي عنه اي المنهي عن كل واحد منهما بالنهي التحريمي
لتبادر الاول من النهي عند التجرد وللاجماع على حرمتهما هو ان يحدث المتفقه او احدهما
قاعدة كلية ويبدع حكما جديدا مخالفا للحكم الذي ثبت من الشارع ونصبه الشارع فيما بينهم
فقد اجمع في الشرع البناء على الشروط او حيث الابداع حكم كلي جديد مثل تحريم
التزوج والتسري وان كان بالنسبة الى نفسه لان تحريم تحليل الحرام وتحريم الحلال الذين يجرد
اسند منها الضرر على العبيد لكونه بدعة ومخالفة على الشارع سواء حصل بها ضرر ام لا
كيف يصير تحريم التزوج والتسري في ضمن العقد جايزا في الشرع وقد قال الله فانكحوا ما
طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع وان كان هذا الامر للاباحة او للارشاد
بقرينة الاجماع على عدم وجوب التزوج الا في صورة ومن شدة الشوق الشهوي الى المراة
بحيث يوجب الاقدام على ارتكاب الحرام كالزنا لو لم يتزوج فلم يدخل بها فالتزام تحريم
التزوج موجب لتحريم الحلال الشرعي المنهي في الشرع ثبت انه المؤكد امره فيكون حراما مطلقا
وكيف هذا الجواز وقد جعل الحنين في النكاح سبب حصول التناسل به ودفع العزوبة
المنهي عنها في العبادة وغيرها وغير ذلك من فوائد دنيوية واخروية لا يليق الكلام بذكرها بسبب ظهورها
وكيف يجوز اشتراط ان يكون الطلاق بيد الزوجة في ضمن العقد مع ان الطلاق
طلقت بعقدها ومن لم تثبت لم نطلق وقد قال الله تعالى الرجال قوامون على النساء

بالاشتراط م

والهداية م

بسبب ظهورها م

فيكون الطلاق بيد الزوج واشتراط كونه بيد الزوجة ابداع حكم شرعي مخالف للكتاب المجيد واي
موصية اعظم من ذلك فيكون باطلا وفاسدا او سيجي في مقام ذكر الاخبار الواردة في هذا الباب
في هذا المعنى اي في حكمة ان الكبير في كون الطلاق بيد الزوج ولا يجوز كونه بيد الزوجة فلا
رواية ايضا كما نطق به هذه الاية وقيل ان في صحة الشرط لو شرطت عليه في ضمن عقد النكاح
او في ضمن عقد لازم اخر ان لا يتزوج عليها فلانة او اشترطت عليه فيهما ان لا يتسرى
نظرا لهذا اشكال لان اباحة الشارع اسس قاعدة كلية وهي جواز التزويج بكل امرأة يجوز له نكاحها
وجواز التسري بها ايضا من شاء واراده فاشتراط خلافهما نقض القاعدة الكلية الشرعية
ويحتمل ان يرجع الاشكال الى عدم صحة هذا الشرط بناء على ان الزوج حرم تزويجها فاسدا او تسريها
فاسما في النهي يتعلق بالكليات لا بافرادها فحرمة افرادها بنفي ولا يترتب عليها الحرمة والبطلان
لانها من خواص الكليات المنهية الاصلية وهو اظهر الاحتمالين لقرينة ذكر العلامة في
الشرطين وهي مشعرة بارادة الخصوصية بل لفظ الخاصة صريح في ذلك فلو قد البيع الخاص
الذي اشترطانه في عقد البيع لفظا لوجب اخلاف حكم البيع ولا تبدل لاحلال الشارع وهذا
وهذا هو الجواب الثاني في الجوابين اللذين قدمنا ذكرهما وحاصله ابداء الفارق بين اشتراط
الوهبة او بيع خاص وبين اشتراط عدم لبس الخز مثلا في الحلال العمر ولولا ان المصنف قده اجاب
بالجواب الاول الذي احييناه لكفاه عن مؤنة هذا الاستدلال الطويل ودعوى تمهيد هذا المقدمة
اذ ربما يرد عليه منع ان متعلق الاحكام بالاصالة هو الكليات بل الجزئيات متعلقاتها الاصلية
وكذا اي مثل الشرط المستلزم لتحريم الحلال الشرعي لو شرط الناكح على الزوجة نقص
الجماع عن الواجب بان يشترط ان لا يطأها في كل ستة اشهر مرة واحدة فانه لو جاز الواجب
غير وطئها في كل اربعة اشهر فانه واجب اتفاقا فيكون هذا الشرط فاسدا وباطلا قطعا
كما سيشير اليه فيما سيأتي ايضا ومما يشير الى ما ذكرناه من ان المراد من حرمة تحليل الحرام وتحريم
الحلال هو تاسيس قاعدة كلية توجب نقض القاعدة الكلية التي اسسها الشارع لا خصوصية فرد
بناء على تعلق الحكم الشرعي بالكلي اصالة وبالجزئي تبعا ومقدمة ما ذكروه في كتاب الصلح فانهم
نقلوا ما رووا عن النبي صلعم ان الصلح جائز بين المسلمين اي يجوز لهم المصالحة لان الصلح
جائز لانه مخالف للاجماع على انه من العقود اللازمة فلفظ الجواز قد اريد منه مايان شرعية
حكم الصلح لا بيان كيفيته من حيث انه عقد من العقود الشرعية ولفظ المسلمين مشعر به ايضا
الا صلحا احل حراما او حرم حلالا فسروا تحليل الحرام بالصلح على استحقاق حق من البين
بالاجماع من اجل لا يملكه احد لان الشارع نفى قابلية المملوكية عنه فيكون اشتراطه تحقيقه تحليلا للحرام وهو

خاصة م

قوله بل هو المراد م

ولو ذكر اي الفيا ... بعموم الفوائد ... م

تحريم م

وهو فاسد قطعا او استباحة بضع اي الفرج فانه يطلق عليه وعلى الوطي معا بطريق الاشتراك اللفظي
على ما يظهر من بعض اللغويين ويمكن ارادة الوطي هنا ايضا لاستباحة باخته عينه او تعبيرا او احلهما
الخمر ونحو ذلك من المحارم الشرعية وقد عرفت ايضا تحريم الحلال بان لا يطأ حليلته او لا
يستمتع بماله ونحو ذلك مما نطق الشرع ببطلانها وفسادها بالضرورة وبالجملة اللزوم الحاصل
من الشرط اذا وقع في ضمن العقد اللازم لما اسبقناه من ان لزوم العقد يسري الى لزوم الشرط
لانه جزء له لو وقع في وسط الايجاب والقبول واما الواقع في متن العقد الجائز كالوكالة فقد
عرفت انه جائز لما اشرنا انه من الشروط الجائزة اي الصحيحة وليس المراد من جوازها المعنى
المقابل للزوم فهذا بل شرعيتها وتسويغ الشارع اياها فليس من باب تحليل حرام او تحريم حلال او ايجاب
جائز غير لازم او نحو ذلك من التبدلات لاحكام الموضوعات الاصلية بسبب الشروط الى غيرها في الاحكام العارضية
على سبيل القاعدة بل يحصل من ملاحظة جميع موارده حكم كلي هو وجوب العمل عليها شرعا فانه وهذا
الحكم الكلي ايضا من جعل الشارع مثل قوله عم المؤمنون عند شروطهم ومثل الايات الدالة على وجوب
الوفاء بالعهود الشرعية والشرط في ضمن العقد اذا كان صحيحا فهو عهد شرعي يجب الوفاء به ايضا
واذا ثبت ان كل شرط صحيح فهو واجب العمل به والوفاء به شرعا فقولنا العمل على مقتضى
الشرط الجائز الذي جوزه وسوغه الشارع واجب حكم كلي شرعي وحصوله ليس من جانب
شرطنا حتى يكون الحكم لوجوب العمل على مقتضى الشرط الشرعي الصحيح من باب تحليل الحرام او
تحريم الحلال بل انما هو صادر عن الشارع مستقلا لانه وحده اوجب العمل عليه والوفاء به
ونقول في بيان بطلان الامثلة التي ذكرناها من اشتراط ان لا يقلم الاظفار ان لا يلبس ابدا وان لا يلبس
الخز وان لا يترك النوافل في جميع عمره مضافا الى ما ذكرنا من وجه بطلانه كل منها بان كل واحد من
تلك الشروط الثلثة لو تحب تحريم الحلال لان تقليم الاظفار ولبس الخز حلال في الشرع
وترك النوافل جائز فيه ايضا فيكون الجميع باطلا للنصوص الدالة على بطلان كل شرط حرم حلالا
او احل حراما ان المتبادر من ادلة الشرط ومن قولهم عم المؤمنون عند شروطهم ونحوه من الادلة
والنصوص الخاصة الواردة في بيان جواز شروط مخصوصة في عقود وايقاعات جزئية
هو ما اي شرط من الشروط كان له تعلق بالعقد بمعنى ان العوض الاصلي في العقد كان الوطي
مثلا كما في النكاح فلا بد ان يكون للشرط علاقة بمقتضى العقد ايضا بان يكون راجعا الى العوض من
العقد ومؤيدا له ويكون مما يؤول نفعه الى المتعاقدين جميعا او الى واحد منهما لكن بلا حصول
ضرر للاخر لانه يستلزم فساد الشرط بل عدم وصول الضرر الى العاقد الاخر وهذا الشرط دون
انتفاع بمقتضى العقد وحده بخلاف الاخر فانه ينتفع بمقتضاهما جميعا فاذا لم يتعلق غرض صحيح شرعا
لاحدهما او كليهما بالشرط من حيث ان المقام مشتمل على المنافع الدنيوية التي هي موضوع تلك
العقود غالبا فينحصر الغرض في الشرط الحضار اعرفيا لا عقليا في ايجاب المباح الشرعي

ضمنية م

او م

الموانع ٤

او يحصر العوض في جهة بعينه مثلا فيخرج عن مدلول ادلة الشرط اعني كون العوض في الشرط راجعا نفعه
الى المتعاقدين او الى احدهما او ان مدلول ادلة الشرط هو الذي لا يوجب تحليل حرام او تحريم
حلال وهنا قد انتفى العوض في تحريم المباح او اباحته مضافا الى كونه قد حرم حلالا وهو المباح
فيثبت بطلانه من هذه الجهة اي من جهة انه لم يتعلق غرض بالشرط لهما او لاحدهما اقول
وفيه تأمل اما اولا فلان الشارط قد يقصد في التزام عدم لبس الخز في جميع عمره القناعة
بماله لئلا يدخل في زمرة المسرفين بناء على عدم كون لبس الخز لائقا لحاله وحده او [illegible]
وهو غرض صحيح وكذلك قد يقصد من التزام عدم ترك النوافل المواظبة في عمره على الطاعة والعبادة
وصرف النفس عن الاشتغال بالمعاصي ونحو ذلك وقد يتعلق بحسب الاتفاقات الزمانية غرض صحيح
بالتزام تعليم الاطفال بالسبق ابدا اذ لا يلزم من عدم ظهور غرض متعلق به عدم وجوده او تحققه في
الواقع اذ عدم الوجدان لا يدل على عدم الوجود فان قيل هذا مخالف لعموم بطلان كل شرط احل حراما
او حرم حلالا سواء تعلق به غرض صحيح ام لا فحكم بان الشروط المحرمة للحلال النزع فاسدة
فاقول يمكن تخصيص عمومه بما اذا قصد الشارط تحريم الحلال او تحليل الحرام مع عدم تعلق
غرض صحيح شرعا به واما اذا اشترط شرطا يتعلق به غرضا صحيحا سائغا في الشرع بدفع الضرورة
انه يوجب تحليل الحرام او تحريم الحلال وبدون الالتفات اليه فلا دليل على بطلانه حتى كان الاكثر
واما ثانيا فلان الاغراض والمقاصد مجهولة عدم ظهور نفع راجع اليهما او الى احدهما لا يوجب عدمه
الواقعي اذ لا انحصار للغرض في العقود المخصوصة والشرائط في ضمنها في اغراض معينة واي حاصل ان
هذا الوجه لا يدل على بطلان تلك الشروط فالاولى ان يقال في بطلانها انها مستلزمة لتحريم الحلال
الثابتة حليته في الشرع من ادلة شرعية معتبرة وتضعيفا حال الشارط الا انما وجدنا له ارادة
تحصيل غرض صحيح شرعا بتلك الشروط والاصل عدم ارادته تحصيل اغراض صحيحة اخرى لها غير
ظاهرة فيكون فاسدة شرعا واذا ثبت في وجوب تعلق غرض نافع ديني بالشروط حتى يعتبر صحيحة
فيكون الاستثناء في قوله عليه السلام الا ما حرم حلالا او احل حراما في الشرط في ضمن العقد مخصوصا
بالافراد التي ليس لها غرض في عوض المتعاقدين اقول ان اراد ان قوله عليه السلام الا ما حرم حلالا الخ
عام يشمل بطلان كل شرط محرم للحلال مثلا ويخصص عمومه بافراد يكون المتعاقدان قاصدين لتحصيل
غرض ديني به ففيه انه كان عليه ان يقيد غرض المتعاقدين الا بالصحيح في العوض اذ الفاسد
كما ذكره سابقا لا يصير مخصصا للعموم اذ لا بد في المخصص من كونه معتبرا حتى يصح التخصيص به والشرط
الفاسد لا اعتبار له شرعا لسقوطه عن درجته وان اراد الغرض الصحيح فهو مسلم لا اعتبار عليه لكنه
متوجه عليه ان الغرض من التزام ترك لبس الخز الخ لان ما ذكرناه فهو لصحته يوجب صحة هذا الشرط
فكيف حكم بانه تحريم للحلال لانه من جملة الافراد التي خصص عموم هذا فكيف به فالفرق حينئذ
ومن هذا الباب اي ومن باب الالتزام بشرط لا يتعلق به غرض للمتعاقدين او لاحدهما شرط

منه

من الشرط الكلي

شرط ان لا يتزوج الرجل بامرأة مخصوصة في ضمن عقد من العقود اللازمة نكاحا كان او غيره و شرط
ان لا يتسرى بها فان بهذين الشرطين لا يتعلق بهما غرض لهما او لاحدهما مضافا الى تحريمهما الحلال
لان التزوج باي امرأة كانت حلال شرعا ومباح وكذلك التسري بها اقول ان اراد من اشتراط عدم
التسري التسري بالجارية فالبطلان مم لانه يجوز ان يكون ذلك لا يليق به او التسري بامرأته
فان اريد عدم التسري بها الى زمان معين فالبطلان هنا كالاول مقدم لعدم ظهور تحريم الحلال فيه
او عدم التسري بالكلية في جميع العمر فالبطلان فيه مسلم لذينك الوجهين والظاهر من اشتراط
عدم التزوج عدمه في بقاء عمره بقرينة قوله مع ان على التزوج وعدم التسري المشروطين في ضمن العقد الشرعي
وان كان مباحا لكن الزامه حرج بل حرام اذا كانت الشهوة الى الجماع شديدة والميل كثيرا
لافضاء عدم التزوج وعدم التسري الى الوقوع في الحرام كالزنا مثلا او اللواط او نحوه
فان قيل بطلان اشتراط عدم التزوج وعدم التسري مخالف لما ذهب اليه بعض الاصحاب في رجحان
عدمهما لطلبة العلم فكيف الامر في هذين القولين لتناقضهما فاقول رجحان العدم مختص بما
اذا لم تكن النفس مشتهية الى التزوج والتسري فان بعض النفوس راغب عنهما خلافا [illegible]
كما ذكروه في ترك جميع المستحبات فان بعض الاعاظم الى ان ترك جميعها من جملة الكبائر بل
يظهر ذلك من بعض النصوص ايضا للتصريح فيه استخفافا بشريعة الرسول واي معصية اكبر منه
بل و ذكروا الحرمة ايضا في ترك صنف منها دائما كالجماعة او النوافل في تمام العمر مع الامكان
هذا غاية ما يمكن ان يقال في ادراج امثال هذه الشروط تحت قاعدة مخالفة الشرط بالمعنى والقسم
الثالث من الاقسام الثلاثة عن جواز الالزام والالتزام به في ضمن العقد اذ قد عرفت ان جوازهما
يستلزم جواز نفس الشرط وصحته لانها اخص منه وعند وجوده يحكم بوجود العام لا محالة لانه في ضمنه
كالمشروع ويمكن حمل الشرط هنا على المعنى الاول عن نفس الشرط لانه اذا فقد المشروط لا يصح
الالزام والالتزام به اذ نفي العام يوجب نفي الخاص جزما والا فعلى المعنى الثالث من المعاني
المتقدمة وهو الشرط الذي ورد من الشارع نص في جواز اشتراطه او عدمه بالخصوص
فلا ريب ان اشتراط عدم التزوج والتسري ونحوهما منع الشارع ونقل الاجماع عليه و
[illegible] ذكر بعض الاخبار فيه فيكون الاشتراط لكل منهما مخالفا للسنة وكل شرط مخالف
للسنة باطل فيكون هذا الشرطان كلاهما باطلا ايضا اما الاجل مخالفته لمقتضى العقد بالتقريب المتقدم
اقول يظهر منه هنا ان المراد من التسري كل ما يكون مخالفا لمقتضى العقد لان الغرض الاصلي هو التسري
واشتراط عدمه يوجب البطلان لكن اشتراط عدم التزوج مخالف لمقتضى العقد بمعنى اشتراط عدم
الوطي وانت خبير بما فيها من الاول فلما ذكره سابقا من اشتراط عدم الوطي في المتعة صحيح اذ ليس
الجماع غرضا اصليا فيه لامكان التمتع بوجه اخر فاطلاق البطلان هنا غير صحيح بوجه
واما في الثاني فلما عرفته سابقا من انه لا يتم في بيع الجارية لبطلان اشتراط عدم وطيها

اولاجل ان التزامه حرام وان لم يكن اصله حراما اقول هذا مبني على ان ذينك الشرطين يوجبان
تحريم الحلال الشرعي الاصلي ابدا فيكونان باطلين لكنك قد عرفت ان الاطلاق لبطلان الشرط
المحرم للحلال او المحلل للحرام ممنوع حسبما اشرنا الى سنده اذ قد يشتري رجل جارية ويشترط
في ضمن عقد البيع ان لا يشتري زوجها ابدا الا انه ليس له وطي الجواري السودان ولا وجه لبطلانه
والحاصل ان كلام المصنف ره مجمل غير ظاهر المراد ولكن لم يكن اشتراط عدم التسري مخالفا لمقتضى
العقد ولعل مراده ان من نكح امراة واشترط عدم وطيها في جميع العمر فلا ريب انه مخالف لمقتضى
العقد لان الغرض الاصلي من دوام النكاح حصول التناسل بين الزوجين ولا يحصل
ذلك الا بالوطي فاشتراط عدمه يفضي الى ابطال الغرض الاصلي فيكون كالبيع واشتراط عدم الانتقال مطلقا
وكذا من اشترى جارية واشترط عدم وطيها فقد حرم على نفسه الحلال المباح ابدا لان وطي
المالك مملوكته من المباحات الشرعية اجماعا فيكون باطلا لا لانه مخالف لمقتضى عقد بيعها اذ لا منافاة
بل لان التزام عدم وطيها حرام شرعا وان كان عدم وطيها بدون التزامه على نفسه حراما ايضا
وقد غفل عن ذلك اي عن ان الشرط قد يكون فاسدا لا لانه مخالف للكتاب والسنة بل لانه
مخالف لمقتضى العقد بل لانه اوجب تحريم حلال او تحليل حرام وكلاهما في الامور المحرمة الاجماعية
من حصر تفسير المخالفة للكتاب والسنة الكائنة بها في كل شرط باطل او في غالبه في مخالفة
الشرط مقتضى العقد وغرضه وموجبه الاصلي الذاتي لا العارضي اذ لا يكفي مخالفته مطلقا له
كما قاله الشهيد ره في كلامه السابق نقله ووجه الغفلة ظاهر اذ قد يكون بطلان الشرط بسبب
مخالفته حكم شرعي ثبت من الكتاب او السنة من حيث تعلقه حكم موضوع اخر كالتزام عدم
وطي حليلته الدائمية دائما فان الشرع نطق بوجوبه في كل اربعة اشهر مرة فقد حرم الواجب
لا بسبب مخالفة مقتضى العقد نعم قد يكون بطلانه لهذين الوجهين معا وهذا غير مضر الا الاكتفاء
اقول ولعل الحصر المذكور بسبب ان تحريم الحلال وتحليل الحرام قد يكون منفيا بالتحريم والتحليل عمدا
مع عدم ترتب اثر صحيح شرعا عليهما وعليه فيكون بطلان اشتراط عدم التسري بالجارية ممنوع
الاطلاق فلا يكون البطلان بهذا الوجه مطردا في جميع امثلة بطلان الشرط القالب للحكم
الاصلي واما البطلان بسبب المخالفة لمقتضى العقد الاصلي فهو ثابت في جميعها لا يتغير ولا يتبدل
كما نقل حصر مخالفتهما لمقتضى العقد الذاتي المطلوب منه عن المحققين في كلام الشهيد الثاني ره
وكذلك اي غفل عن ذلك ونقل هذه الغفلة عنه والاولى الحق قوله سلطان العلماء ره في
حاشيته على الروضة حيث ذكر فيها ان ترك التسري والتزويج ليس الا ترك
مباح كساير الشروط الجائزة لا ان اشتراط تركها ليس مخالفة للغرض الاصلي من العقد ولا

نكاحا دائميا

ومقتضاه الاصلي

الثابت هو بها

بمخالفته

والنسب

ولا المقتضاه الذاتي وتوهم بعضهم ان مخالفة الشرع المبطلة للشرط اتفاقا فيما نحن فيه اعني
في اشتراط ان لا يتزوج الزوج بزوجة اخرى في ضمن عقد نكاح الزوجة الاولى وهذا خلاف ما
وجهنا به كلامه سابقا ولا يخفى عليك انه لو حملنا عدم التزويج البطلان اشتراطه على هذا التوجيه
لما كان لتعليلات المصنف ره وجه صحة اذ ليس فيه مخالفة لمقتضى العقد الاصلي كما عرفته هنا
وليس التزامه تحريم حلال ايضا وكيف كان فنحن لا نحل ان من احكام النكاح جواز الزيادة
على الواحدة لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلث ورباع وساير الاخبار الدالة
على ذلك اي على بطلان اشتراط عدم التزويج فكان جواز التزويج بامراة اخرى بل بثلث
نسوة اخر اذا زوج بامراة واحدة من مقتضيات النكاح وكل شرط مخالف لمقتضى العقد
باطل جزما اقول ويمكن تقريره بوجه صحيح يخرج عن التوهم بان نقول ثبت في القران
والاخبار ان التزويج على الازيد من واحدة حلال وجايز في الشرع فيكون اشتراط عدمه
والتزام تركه تحريما للحلال الثابتة حليته من الكتاب والسنة وباطلا مع عدم ظهور ثمرة للزوج
في هذا الشرط وعلمه بجواز الزيادة بالضرورة لكنه لا يناسب اخذ المقتضى في الدليل
مع انه يرجع الى تعليل المصنف ره اذ لا يقتضي النكاح اقتضاء اوليا اعني بطريق
اللزوم جواز الزيادة لجواز ان يتزوج باربع نساء في دفعة واحدة لعدم سبق نكاح ح
اللهم الا ان يتكلف ويحمل المقتضى على المعلول والمسبب لا على الغرض والمقصود ولقائل انه لو عقد
لواحدة فهو سبب بعض الزيادة ويرد عليه ان جواز عدم التزويج بواحدة اخرى في دوام اشتراطه
قرينة عدم اللزوم لان انفكاك اللازم عن الملزوم او بالعكس شاهد صدق على عدم التلازم
ولما كان هنا مظنة ان يقال لا فرق بين جواز عدم التزويج وتاجيل المهر الى زمان معين فكيف
قال وفرق هذا المتوهم بينه وبين اشتراط تاجيل جميع المهر او بعضه الى اجل معين
ولم ينقل له وجه الفرق ولعله الاجماع او ان النكاح لا يقتضي لذاته اداء المهر الى الزوجة
بل هو مع الدخول ومع اشتراط تاجيله لا يزول المهر لكن مع اشتراط عدم التزويج
باخرى يحصل زوال صحة ما ثبت جوازه وصحته في الشرع فيكون مخالفا لمقتضى عقد النكاح
والكل تعسف بارد وانت بعدما حققنا لك معنى مخالفة الشرط مقتضى العقد و
موافقته بان المخالفة اما مخالفة لنفس اركان العقد كاشتراط عدم انتقال الثمن الى
البايع والمثمن الى المشتري او مخالفة للغرض الاصلي الذاتي منه مثل اشتراط عدم
انتفاع الاول بالمال والثاني بالمبيع بعد حصول انتقالهما بالعقد اليهما جميعا
لا تحتاج انت الى ذكر ما فيه من البطلان والضعف بان يقال في رده

من كلام الشهيد الثاني في الروضة انه هو في بطلان هذا الشرط

ولا فكيف جوز التاخير دون الا مع اداء المهر بالكلية جار ايضا في الكتاب

مقتضاه الى عدم ورود نص على عدم صحته والظاهر انه غلط من النسخة

فيما تقدم

فان عقد النكاح من حيث هو لا من حيث النظر الى قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم الاية فانه يقتضي جواز
الزيادة لانه لم يبلغ درجة الرابعة للنكاح المانع عن التزويج كما بيناه اخر دوا اما الكان يقتضي
جواز الزيادة للزوم في العقد الرابع اما لعقد المقتضي على صيغة المفعول على المقتضي بصيغة الفاعل
عين النكاح من حيث هو او جواز الخامسة وما زاد في الخامسة لا اي مرتبة بلغ التزويج
اما لزوم الثاني فواضح لان عقد النكاح الرابع يقتضي بنفسه النكاح الخامس والازيد واما لزوم
الاول فلان عقد النكاح الاول من حيث هو عقده يستلزم الزيادة على الواحدة لقوله تعالى
فانكحوا ادهما اي هذان اللازمان باطلان اما الاول فللاجماع على حرمة التزويج بالخامسة فضلا عده
بالاثم في حق الامة واما الثاني فلان جواز التزويج بالرابعة انما يحصل ويتفرع عن العقد
الرابع لانه المجوز لوطيها لا عن العقد الاول مضافا الى لزوم تقدم المسبب وتقدمه على السبب
محال الا في بعض صور جوزه فيه الشارع لتقدمه عليه مثل تقدم زكوة الفطر على دخول شهر شوال
الذي هو ان دخوله واول ليلة هو السبب لا شهر رمضان واللازم لما كان اعم من الملزوم غالبا
فيفاده بعد الملزوم اتفقا لانتفاء الخاص بانتفاء العام والظن الحاصل من ملاحظة الغلبة
يوجب حمل الشيء المشكوك على ما هو الغالب والاغلب فيه اقول ويمكن دفعه بان يقال عقد
النكاح الاول يقتضي جواز الزيادة على امراة واحدة والثاني يقتضي جوازها على اثنين
والثالث يقتضي جوازها على ثلث والرابع على اربع فاندفع لزوم تقدم المسبب على سببه
ويندفع لزوم التزويج بالخامسة فضلا عده بان عقد النكاح من حيث انه عقد نكاح
صحيح شرعا يجوز ويقتضي الزيادة والعقد الخامس ليس صحيحا فلا يقتضي جواز تزويج الخامسة
فان الامور الشرعية وان ظنا بما يقول به الملاتن له من انها في الشرع موضوعة للاعم من
الصحيح والفاسدة لكنها في ظاهر افعال المسلمين يجب حملها على المسميات الصحيحة لان
افعالهم محمولة على الصحة واما لو حملنا بانها موضوعة للصحيح من افعالهم فعدم الاحتمال اظهر
ولا قائل بانها موضوعة للفاسدة فقط لان ذلك لغو لا يرتكبه الحكيم فضلا عن ولا جاهل
من الجهال فما الظن بخالق العقل والعقلاء لاستحالة القبح في افعاله والوضع من جملتها
بل ذلك اي جواز الزيادة على الواحدة الى الاربع نسوة دائما حكم من الاحكام الخارجة
عن العقد لانه ليس نفس عقد النكاح ولا جزئه فلا يلزم من وجوده وجوده ايضا لعدم اللزوم
اللاحق انت تعلم ان خروج جواز الزيادة عن العقد الاول وتحققه به لا يستلزم عدم البطلان
في صحة اشتراط عدم التزويج بغير الواحدة ووجهه ظاهر وذلك ايضا لا يكون من الفوائد
المتوكلة منه الحاصلة لسببه وذلك اي لتوليده وحصوله لسببه هو معنى الاقتضاء الذي
فيبطل الشرط بمخالفته مقتضاه له اتفاقا لا ان المقتضي المبطل للشرط بالمخالفة له هو مطلق
مطلق الارتباط والتعليق وجواز الزيادة على الواحدة بهذه الاية وان كان حكما من احكام عقد
النكاح وواحدا من مقتضياته لكنه لا يكون من مقتضياته الاصلية الذاتية التي تبطل الشرط بمخالفته
لها اتفاقا فحاصل البحث ان المراد من قولكم فكان من مقتضيات النكاح ان اريد به انه من جملة
مقتضياته الاصلية فهو ممنوع وسنده يبين مما ذكرنا من نفي عدم اللزوم بينهما وحصلناه في التوجيه
وان اريد انه من جملة متعلقاته فلا نم ان اشتراط عدمه مخالفة لمقتضى العقد اذ ليس مقتضاه الا
الاغراض الاصلية واللوازم الذاتية وان اريد انه ليس شيئا منهما لكنه من لوازمه الشرعية
فيمنع اللزوم بينهما اصلا ومن ذلك اي ومن ان مقتضى العقد هو الذي يلزم منه ويتولد ويتسبب عنه
لا المرتبط به المتعلق به بعلاقة غير لازمة له بل منفكة يظهر ان ما ذكره ابن ادريس ره ومن تبعه
فيما ذكره في بطلان شرط ان لا يخرج الزوجة من بلدها من ان الاستمتاع بالزوجة
في الازمنة والامكنة حق الزوج باصل الشرع وكذا السلطنة له عليها حق للزوج شرعا
فاذا شرط ما يخالفه وجب ان يكون باطلا ايضا لا وجه له فانه ان اراد بذلك اي بان اشتراط
ان لا يخرجها من بلد اقامتها به في ضمن عقد النكاح او عقد اخر لازم ان هذا الشرط خلاف مقتضى
العقد وكل شرط مخالف لمقتضاها باطل اتفاقا وهذا منه فيلزم بطلانه فقد بينا لك سابقا
بطلانه في بيان التحقيق عن الاشكال انه لا منه فيه انه ليس مخالفا للغرض الاصلي في النكاح لجواز
بقاء الغرض في بلدها وان اراده انه رفع لما كان جائزا في الشرع من جواز الاستمتاع بها
في اي مكان من الامكنة التي يجوز فيها الاستمتاع بها فهذا ان كان سببا لبطلان الشرط المذكور
فلا يبقى مصداقا للشروط السائغة في العقود لان خلافه لا محالة ثابت في الشرع فالتزامه
يوجب رفع ما ثبت في الشرع واللازم باطل جزما فكذا الملزوم اقول ويمكن توجيهه بان يقال
قد ثبت ان الغرض الاصلي في النكاح جواز استمتاع الزوج بالزوجة باي وجه شرعي اراده ومن
جملة الوجوه الشرعية التي يريدها الزوج الاستمتاع بها في بلده لا في بلدها لانه في بلد زوجته
قد لا يمكنه التعيش الا بعسر وفي بلده يتعيش بيسر بل ربما يتضرر الزوج في اقوام زوجته
في اقامة ببلدها فيخرجها منه دفعا للاشكال ان يدّ ذلك في زماننا هذا فاشتراط عدمه
يستلزم ابطال غرضه الاصلي فيستلزم هذا البطلان بطلان الشرط اولى بالبطلان لانه
بمنزلة او سببه ولا يكون الغرض الاصلي في النكاح مجرد وطيها والاستمتاع بها لتوقفه في بعض
الاحوال على امور اخر كنقلها الى بلد اقامته فاشتراط عدم تلك الامور يوجب ابطال ما يتسبب عنه
المقصد الاصلي ويحصل به المطلوب الذاتي فيكون هذا الاشتراط باطلا لكنك تعلم ان في محل الاعتراض
وما كان منا منظة لورود على قوله فلا يبقى مصداقا للشرط السائغ ان رالى الايراد
اولا ثم الى وجهه ثانيا بقوله وربما يفرق بين ما كان الشرط دافعا لما كان مشروعيته

الذين يبطل بمخالفته الشرط م

باطل م

وتحصيله م

ربما م

للمنافقة فيه م

بالنص عليه في باب ذلك العقد بالخصوص كاشتراط ان لا يتزوج وان لا يتسرى فان الزيادة
على الواحدة منصوص جوازها في الشرع بالخصوص و يفرق بين ما كان مشروعيته بالعموم
كعدم اخراج المراة من بلدها فانه غير جائز في الشرع لكل احد من الخصوصيات بل العدم
ثابت في جميع الاحوال وعد الاول من الشروط المخالفة للكتاب والسنة دون الثاني
اقول لو صح ما يقال اذا تعارض العام والخاص فلا ريب في تخصيص الاول بالثاني لانه جمع
بين دليلين لا يمكن العمل بهما معا ولا باحدهما دون الآخر لانه ترجيح لاحد الامرين المتساويين
بلا مرجح وهو باطل عقلا وشرعا فاذا نص الشارع على جواز شيء بخصوصه او على عدم تركه
فلا يصح اشتراط خلافه بان يشترط العدم في الاول والوجود في الثاني لانه مناقضة
صريحة ولا يناقض ولا يعارض شيء من الاشياء حكم الشارع جزما فاشتراط اخراج المراة
من بلدها غير صحيح لان الشرع لم يجوزه واما اذا نص الشارع على الجواز او العدم بطريق
العموم الاصولي او العموم المنطقي اعني الكلية فيمكن تخصيص عمومه بان يشترط خلافه اذا ايد
صحته دليل يصلح للتخصيص المخالف للاصل وح فقوله وذلك الفرق ايضا مجازفة لا
طائل تحتها وغير مطردة في موارده اي في جميع موارده لان الجمع المضاف يفيد العموم
غير مسلم لانه محض الدعوى لا دليل على بطلان هذا الفرق ولا بد له من بيان صورة لم يتم فيها
هذا الفرق اذ القول بانه لا يطرد في جميع الموارد يشبه الادعاء بلا بينة فلا يسمع
فالاولى ان يقال تخصيص العموم مخالف للاصل فلا بد له من دليل معتبر صحيح شرعا فان ثبت
صح الشرط والا فلا لانه لا يرتكب خلاف الاصل الا بصرف صارف فعموم اللفظ لا خصوصه
مع ان المورد الخاص قد يكون عاما من جهة اخرى فيمكن تخصيصه بشرط في الشروط فالفرق
غير واضح الصحة ومن اغرب ما [illegible] في هذا المقام ما ذكره ابن ادريس ره في اشتراط
عدم الاقتصاص من ان الذي يقتضيه المذهب ان الشرط المذكور باطل في الشرع لانه
مخالف لموضوع الكتاب والسنة لان الاصل بين الذي هو من كون هذا الشرط ولا
اجماع غير منعقد على صحة هذا الشرط ولو فرض بل ما يوجد ذلك اي صحة هذا الشرط
ثم ذكره الا في شواذ الاخبار انتهى كلامه ره منقولا عن سرائره وصورته ان يبيع القاتل
شيئا من وارث المقتول ويشترط عليه ان لا يقتص منه واما دلالة القول على بطلانه
فلقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في القتل انه كان منصورا
ووجه كونه اغرب الاجماع على جواز ترك القصاص واخذ الدية كتابا وسنة واجماعا فكيف

بلبنيه و ه
اخر ه
ذكره ه
ولا غيرة بها ه
بل يأخذ منه الدية ه

فكيف لا يكون هذا الشرط صحيحا ولعلنا نشير الى الكلام في هذا الشرط فيما بعد بما يشير
الى صحته وعدم بطلانه ومن الشروط الغير الجائزة شرط ان يطلق كما في نكاح المحلل الزوجة
على زوجها الاول بعد تطليقه اياها ثلاث تطليقات او لا يطلق الزوج زوجته اما كون
شرط الطلاق مخالفا للسنة فواضح لانه مخالف لمقتضى عقد النكاح وهو التابيد والدوام
الى ان يريد الزوج الطلاق فاشتراط عدمه دفع لمقتضى العقد وكل شرط مخالف لمقتضى العقد
الاصلي فهو باطل اتفاقا اقول ان ورد نص صحيح على بطلان هذا الشرط فلا كلام فيه
واما اذا لم يرد به نص فالتعليل المذكور غير صحيح لان الغرض الاصلي الذي توجب مخالفته الشرط
لبطلانه في نكاح المحلل في كل نكاح دائم ليس التابيد والدوام فان ذلك من احكامه
اللاحقة به المتعلقة به تعلق ارتباط لزوم بدليل انا نعقل النكاح ولا نعقل الدوام والتابيد
فالانفكاك المذكور قرينة عدم التلازم بينهما والذي وقع الاتفاق على كونه باعثا على بطلان
الشرط في مخالفته لمقتضى العقد هو مقتضاه الاصلي اللازم له لزوما بينا يلزم من تصوره تصوره
مضافا الى انه لم يظهر من النص ان الغرض من العقد ومقتضاه الاصلي في النكاح هو الدوام بل
الذي يظهر منه ان يثبت عدم صحة هذا الشرط فهذا التعليل لا يلائم قوله لانه مخالف للسنة
سلمنا ان مقتضى عقد النكاح الدائم الدوام لكنه ان اريد منه انه مقتضاه ما لم يشترط الطلاق
بعد وطيها عشرة دفعات مثلا فهو مسلم غير مجد في بطلان هذا الشرط وان اريد انه مقتضاه
مع هذا الشرط ايضا حتى يكون مخالفا لمقتضاه الموجب لبطلانه فهو مصادرة وهم لانه عين المدعى
فالاولى ان يقال بان هذا كالمخالف لمقتضى العقد والاصل في كل فعل البطلان والفساد حتى يثبت دليل معتبر
دال على صحته ولم يثبت هنا جوازه وصحته شرعا فيكون باطلا لا لانه مخالف للاجماع على ان فعل
المسلم محمول على الصحة حتى يثبت فساده فان ذلك قاعدة كلية صحيحة لانا نجيب عنه بان هذه القاعدة
ليست على الاطلاق بل هي اذا ثبت لموضوع من الموضوعات حكم شرعي وعلم وجه صحته ووجه فساده شرعا فان
فعل المسلم فهو ح محمول على الصحة واما الشرط المذكور فلم يثبت بعد حكمه الشرعي فالاصل
فساده اذ ليس حمل فعل المسلم على الصحة بسبب انه فعل المسلم من حيث هو هو فقد غيره بل ذلك بسبب
ورود حكمه الشرعي من الشارع وارتكابه المسلم الذي يظهر من حاله انه لا يرتكب الفاسد منه
ومن ذلك الدليل الذي ذكرناه في سبب بطلان شرط الطلاق ظهر ان اشتراط العزل ايضا
كاشتراط الوحدة مناف لمقتضى العقد فيكون هو باطلا ايضا لان كل شرط مخالف لمقتضى العقد باطل
ووجه الظهور ان الطلاق موكول بارادة الزوج له بعد مضي مدة من النكاح ووطيها فلذلك

او وقع اجماع معتبر ه
ولم يقع عليه اجماع ه
دون تعلق ه

الضافي مقتضى عقد النكاح فيكون اشتراط عدمه باطلا لانه موجب لدفع مقتضاه المجمع على بطلانه
على اشكال فيه الظاهر ان الضمير المجرور راجع الى بطلان اشتراط عدم الطلاق ووجه فلعل وجهه
ان الغرض من النكاح الدائم تابيد الوطي فيحصل التناسل المقصود به على وجه الكمل فيكون
اشتراط عدم الطلاق مقويا لحصول الغرض الحقيقي منه وكل شرط مقو لمقتضى العقد فهو صحيح جزما
واما ان جعلناه راجعا الى اشتراط الطلاق مطلقا سواء كان اشتراط وجوده وعدمه فوجهه ح
ما اشرنا اليه انفا من ضعف العلة التي ذكرها المصنف لكن الاول اظهر كما لا يخفى على المتامل
واقول على الاحتمال الاول يمكن دفع الاشكال بان يقال كما ان الشارع جعل الغرض الاصلي
من النكاح ما ذكر من التابيد كذلك جعل للزوج السلطنة على طلاقها من شانه فاشتراط ما يرفع
عنه السلطنة المذكورة اشتراط لدفع ما اثبته الشارع وجوده ورفع له فيكون باطلا
لكن يمكن تضعيفه ايضا بان يقال ان الشارع جعل له السلطنة ما لم يشترط رافعه واما
مع اشتراطه فلا دليل على بطلانه اقصى الامر انه رفع وزال في نفسه ما اثبته الشارع له
مطلقا لان الشارع لم يجعل سلطنته على الطلاق واجبة حتى يكون التزام عدمها تحريما للحلال
والاولى ان يجعل ذلك اي اشتراط الطلاق واشتراط عدمه والظاهر انه اشارة الى الاخير
بقرينة ذكر الاشكال فيه على ما اخترناه كعدم التسري والتزويج اي مثل اشتراطها
في جميع ما تقدم اقول قد عرفت ان تعليلاته هناك غير تامة فلا وجه للاولوية ح وهو ظ
ومنها اي ومن الشروط الغير الجائزة كون الجماع والطلاق بيد الزوجة فان هذا الشرط باطل لان
ذلك باختيار الزوج ومن احكام الله الوضعية هكذا وجدنا النسخة هنا والظاهر انه
غلط سقط منه شيء فالمعنى ان الشارع جعل مقتضى النكاح الجماع والتسري بالزوجة اي
وقت ومكان شاء فاشتراط كونه باختيار الزوجة يستلزم سقوط التسلط على مجامعتها
اذ هي قد لا تريد الجماع في وقت يريده الزوج كوقت غلبة الشهوة عليه وشدة الشهوة
وهذا السقوط خلاف مقتضى العقد فيكون باطلا وكذا اشتراط كون الطلاق باختيار الزوجة
ايما شاءت طلقها فانه يؤدي الى عدم حصول الغرض الاصلي من نكاحها فيكون مخالفا لمقتضاه
الاصلي فيصير باطلا مع ان الشارع جعل السلطنة على الطلاق والمجامعة للزوج ووضعها
له فكيف يصح انتقالها اليها لان احكام الله الوضعية لا تتغير ولا تتبدل اصلا
وان اريد به ان اشتراط ان يكون الطلاق والجماع بيد الزوجة وحدها نقل حق

حق الزوج الى الزوجة باختياره وسلب تسلطه على وطيها او طلاقها متى شاء احدهما
فقد صار بسبب اختياره وبري عن السلطنة عليها بما هو حق له فاشتغلها الى زوجته اختيارا
كما ان بيع المال حق للمالك والتسلط عليه انما هو حق المالك وجوز نقل هذا الحق
بالشرط في ضمن عقد آخر فكما ان هذا الشرط صحيح قطعا فليكن اشتراط كون الجماع والطلاق
بيد الزوجة صحيحا ايضا لعدم الفارق بينهما والحكم بصحة الاول دون الاخير ترجيح بلا مرجح
فنقول انه اي نقل الزوج حقه الى الزوجة موقوف على ثبوت قابلية النقل بحسب قابلية شرعية
اولا
بالدليل الشرعي لان نقل ما لا يمكن نقله الى الغير صحيحا في الشرع وغير قابل له باطل لان الغرض
من الامر المنقول الى هذا الغير انتفاعه به انتفاعا كائنا على وجه شرعي واذا فرض انه غير قابل
للنقل وانتفاع ذلك الغير المنقول اليه فلا يمكن اشتراط نقله صحيحا فان الاحكام الشرعية سواء
كانت تكليفية ام وضعية كلها توقيفية تحتاج في شرعيتها موقوفة على ورودها من الشارع
لان العقل لا مدخلية له في جعلها دون قلنا بحجية العقل المستقل التنجيزي والتعليقي اما الاول
فظاهر واما التوقيفية لان المكلف للناس هو الله تعالى وحده فلابد ان يكون الحكم ما حكم به وحده
واما الثانية فلان المراد من الاحكام الوضعية ما جعلها الشارع ووضعها اسبابا وشروطا
وموانع وغير ذلك في تقييد افرادها كالدلوك والطهارة والحيض بالنسبة الى الصلوة
وقد عرفت ان الاصل في جميع افعال المكلفين التي هي متعلقات الاحكام الشرعية
البطلان ما لم يرد عليها حكم شرعي واما بعد وروده فالاصل الصحة نظرا الى حمل افعال المسلمين عليها
وكون ذلك اي كون الطلاق والجماع بيد الزوجة وحدها ان شاءت الطلاق
طلقت وان شاءت الجماع جامعها وان شاءت وهما لم يقع كلاهما قابلا في الشريعة
للنقل من الزوج الى الزوجة غير معلوم من الشارع وفي تسخيره في الشرع والملك واحد
واذا لم يثبت كونه قابلا فيكون اشتراط نقله اليها باطلا لكونه من التوقيفيات ولم يثبت بدليل
شرعي جوازه فيكون باطلا لاصالته لا تقال ان عدم كونه قابلا للنقل غير صحته واذا اورد من
الشارع قابليته للنقل فيحتاج صحته الى دليل اخر لانا نجيب عنه ان المراد من كونه قابلا للنقل
كونه نقله الى الغير بعقد من العقود الشرعية صحيحا في الشرع كما اشرنا اليه انفا وذلك الذي لا
يكون قابلا للنقل الى غيره في الشرع مثل ان يشترط الولد في ضمن العقد مع والده سواء كان
عقد بيع ام صلح او اجارة ام غير ذلك من العقود اللازمة اسقاط وجوب تعظيمه واسقاط
حقوق الابوة فان وجوب تعظيمه اجماعي مع ورود الكتاب والنص عليه ايضا فلا يصح ح
اشتراط اسقاطه مع رضاء الوالد لانه يستلزم تحريم الواجب وايضا موضعه شدق هذا
وهذا مثال للذي لا يصح انتقاله ولا يكون قابلا له فلا يرد انه لم يرد نص على بطلان الشرط
اليدم

البتة مثل ورود الامر الاكيد لوجوب تعظيم الوالدين ووجوب اداء جميع حقوقهما على
الولد فالقياس المذكور مع بطلانه منع الفارق وبطلان الاخير لا يوجب بطلان الاول
فانهما مشتركان في عدم قبول النقل وان كان الاخير منها اشد من الاول في عدم قبوله ابدا
على اشكال في الحقوق المالية كالنفقة يعني لو اشترط الوالد على احد الوالدين في ضمن
عقد من العقود ان لا ينفقه فبطلان هذا الشرط مشكل والظاهر صحته لان النفقة عين
المنفق به لم يصر مالا للوالدين حقيقة حتى لا يمكن اسقاطها بل ذلك مثل اعطائهما اياه شيئا
وليس فيه تحريم للواجب اذ وجوب النفقة انما هو اذا اراد الاكل من مال ولدهما واما اذا لم
يريداه فلا وجوب فاشتراط اسقاط الانفاق مثل عدم رضائهما على الاكل من ماله
فكما يصح ويجوز عدم انفاقهما على الولد على الاخير كذلك يجوز له ذلك مع اسقاطهما النفقة
بالاختيار في ضمن عقد شرعي ويمكن بطلانه لان وجوب النفقة من الموضوعات الشرعية فلا يصح
ابطاله بالشرط المذكور لكن فيه نظر ظاهر فالاشكال في كلامه ليس بمعنى التردد بل هو
راجع الى عدم صحة هذا الشرط بمعنى صحته ولما كان هنا مظنة ان يقال ليس اشتراط اسقاط
تعظيم الوالدين وحقوقهما الواجبة والمستحبة صحيح وقابل للنقل الى الولد اشار الى ضعفه بقوله
وامكان العفو والابراء بعد حصول التقصير من الولد في مراعاة تعظيمهما واداء حقوقهما
ليس هو بمعنى نقل الحق كما لا يخفى بل لما كان الله رحيما بعباده ورؤوفا بهم غاية الرحمة والرأفة
جعل رضاء الوالدين عن ولدهما والتجاوز عن تقصيراته سببا لرفع المؤاخذة عنه مع
كون هذا عام البلوى كان شاهد ذلك في الاولاد بالنسبة الى ابويهم فان قيل معنى كلامه ان
ابرائهما ذمة الولد عن النفقة الواجبة ليس بعلة وجه فالاشكال راجع الى التردد ولكان قائلا
يقول امكان العفو والابراء دليل على عدم صحة اشتراط اسقاط النفقة فلذا منع التردد فاجاب
بما ترى قلت هذا مع كونه خلاف الظاهر من كلامه بعيد كل البعد على من تأمل في سياق كلامه
وثانيا ان الذي يتصور نقله هنا هو نقل حق الجماع بمعنى انه يسقط حق الجماع الذي جعله
الله له وكذا الطلاق لانه يجعل الخيرة في ذلك الى المرأة مقام جعل الله الخيرة له
اقول ذكر الاصحاب ان الملك قسمان الاول ملك الانتفاع بالمملوك الثاني ملك المنفعة يعني
ملك منفعة المملوك وفرقوا بينهما ان الاول هو الذي لا يمكن للمالك انتقاله الانتفاع به
الى غيره مثل انتفاع الزوج بالمزوجة فانه يملك الانتفاع بالوطي بها والنظر اليها والمصاحبة
بها لا يصح له في الشرع ان يجعل ذلك الى غيره بدون طلاقها ومضي العدة ومثله المستاجر
الذي شرط عليه في ضمن عقد الاجارة او غيره ان ينتفع بنفسه بالعين المستاجرة فانه مالك

مالك للانتفاع بها فليس له ان يؤجرها من غيره واما لو لم يشترط عليه الانتفاع بها بنفسه فله
ذلك كما نص عليه جماعة وان الثاني ما يكون المالك متسلطا على انواع التصرفات الملكية
فيه كبيع المملوك وصلحه وهبته وعتقه وغير ذلك كالجارية فان مالكها يمكنه شرعا وطيها
وانتقال بضعها الى غيره حرا كان المنتقل اليه ام عبدا دواما ام انقطاعا [illegible] فالنكاح يقتضي
ملك الانتفاع ومن جملة وجوه الانتفاع بها التسلط له على وطيها اي وقت شاء وعلى
طلاقها اي زمان اراده وان لم ترد بها الزوجة فهما ايضا مملوكان له بالملك الانتفاعي فلا يصح
في الشرع انتقالهما الى الغير بحيث لا يكون له قدرة وتسلط عليهما بخلاف التوكيل في الطلاق
فان الوكالة لما كانت في الشرع جائزة فهو يمكنه ان يبطل وكالة الوكيل قادر ومتسلط على عدم الطلاق
بعزله عن الوكالة فلا يصح اشتراط انتقالهما ايا بهما اليها لانهما ليسا من المملوك له بالملك المنفعتي هذا
واما ما قاله المصنف فتوضيحه ان الزوج ان اراد باشتراط كون الطلاق والجماع بيد الزوجة واختيارها
اسقاط حق الجماع والطلاق دون اسقاط اختياره عليهما فهو صحيح لان الناس مسلطون
على حقوقهم واموالهم لكن اختياره ليس حقا محضا له بل لله تعالى فيه حق ايضا فلا يجوز اسقاطه
والا فهو فاسد وباطل اقول اذا اسقط الزوج حق جماع يوم الجمعة عن الزوجة فقد ازال وانقطع
الخيار على وطيها في هذا اليوم وبالعكس فهما امران متلازمان وبطلان احدهما يوجب بطلان الآخر
ايضا بلا شك فيه وان اراده انه يجوز اسقاط حق الجماع ليوم مبهم باختيار الزوجة مع بقاء
الاختيار له على وطيها في سائر الايام فهنيه ان في هذا اليوم ليس مختارا عليه فعلى [illegible] اختياره
وجه يعني وعلى تقدير الفرق بين اسقاط الخيرة فيهما عن نفسه وبين اسقاط حق الجماع مثلا
ببطلان الاول وصحة الثاني او وعلى تقدير ان يكون اشتراط كونهما بيد الزوجة وحدها واختيارها
باطلا والاول الانسب بقوله نقول ان كان الشرط مستلزما للخيرة في اسقاط الزوجة
الجماع رأسا وفي جميع [illegible] عن الزوج ايضا كان انه مستلزم لنقل الزوج حقه الى زوجته
وذلك بان تشترط المرأة على الرجل ان يكون الخيرة لها في ترك الجماع رأسا او في الاتيان
به في وقت ارادت هي المرأة الجماع سواء كان الزوج مريدا له وراغبا اليه ام راغبا عنه
وكارها له كما في حال الفترة والضعف فهي باطلة لاشتمالها على ما يخالف مقتضى العقد الاصلي
وكل شرط مخالف لمقتضاه الذاتي وغرضه الاصلي الذاتي فهو باطل اتفاقا اما مخالفته لمقتضاه
على الاول فلان الغرض من النكاح الدائم الوطي بها حين وجود الرغبة اليه بسبب غلبة الشهوة
ليحصل به التناسل ويرفع العزوبة المنهي عنها فاشتراط مخالفه يستلزم رفع ركن النكاح
واما على الثاني فالمخالفة له خفية لانه قد يريد الوطي حين تريده الزوجة ايضا فلا مخالفة ح

ولا دليل يعتد به ان المطلوب الاصلي من النكاح اختيار الزوج على وطي المنكوحة حتى يكون انتقاله اليها رضا بمقتضى العقد الاصلي بل هو من لوازم الغرض الاصلي ومقتضاه لانه عينه وان لم يكن اشتراط كون الجماع بيدها كلك اي تركه راسا او كونه موكولا على ارادتها اما بل لارادة الزوجة من التزامها ذلك على الزوج ان يكون بتعيين وقت الجماع معها مع عدم التسلط على تركه راسا فالظاهر ايضا انه مناف لمقتضى العقد فيكون هذا ايضا باطلا ونقول وجهه ان الزوج قد يريد في وقت الوطي ولا تريده فيه فذلك يوجب منافقته ذلك لمقتضى العقد الاصلي فيكون باطلا على اشكال فيه ومنشاؤه اما ما ذكرناه انفا من الخفاء واما انها قد تريد الموافقة للزوج في تعيين زمان الوطي وتركه فلم يكن الزوج مضطرا على الجماع بسبب عدم غلبة الميل الشهوي عليه مع امكانه الوطي وقدرته عليه في ارادته دونه وح لا منافقة للغرض الاصلي فلا وجه لبطلانه لكنه لا يظهر دليل على الصحة في صورة مخصوصة

[margin: ذلك ٣]

ودبما يقال ان اشتراط الزوجة والزامها على الزوج في ضمن عقد النكاح عددا معينا من الوطي كالمائة دفعة في الوطي لا في غيره من ساير العقود التي تقتضي اطلاق الانتفاع بالمعقود عليه فانه يصح فيه اشتراط عدد معين من الانتفاعات به بل ايضا كما ان اشتراط سقوط الجماع راسا باطل ووجهه ان الزوج قد يجامع زوجته على العدد المعين الذي التزمه فبعد ذلك اما يبقى نكاحها باقيا فمقتضاه امكان الوطي ح ايضا واشتراط عدمه رفع لركنه وغرضه الاصلي فيكون باطلا وان لم يبق النكاح فيلزم ان يزول بوجه لم يجعله الشارع الواضع للنكاح الجاعل والمخترع له رافعا له مع ان الاصل في كل شيء متحقق في الخارج وجوده حتى يثبت بدليل معتبر رفعه وعدمه وح نقول النكاح قد تحقق ورفعه مشكوك فيه بل مظنون البقاء فيحتاج رفعه الى مزيل له ولا دليل على ان النكاح باق بعد جواز الوطي بالزوجة لاستلزامه تخلف العلة التامة التي جعلها الشارع سببا كاملا في السببية على معلولها مع عدم المانع عن تاثيرها فيه لانه لم يدل دليل على ان اشتراط عدم زيادة الوطي على العدد المعين مانع عن اقتضاء بقاء النكاح الوطي بها اقتضاء اوليا مع ان الاصل عدم كونه مانعا وقيل ان ذلك اي بطلان هذا الشرط ليس على اطلاقه بل هو مخصوص لانه انما يتم اذا كان المشترط هو الزوجة دون الزوج لانه حقه فهو اللاغت لازالته بعض حقوقه عن نفسه والذي عللنا به البطلان موافق لهما معا بلا تفاوت فيه على التقديرين وعليك بالاطلاق ورد على قول هذا القيل بان العقد الواجب في هو الوطي في كل اربعة اشهر حق للزوجة ايضا

ايضا كما انه حق الزوج ايضا بل كونه حقا لها اظهر من كونه حقا له فهذا الشرط باطل سواء كان المشترط له هو الزوج او الزوجة لكونه حقا لهما معا لا غلبة لحق احدهما على حق الاخر حتى يصير ذلك موجبا لصحته ان كان المشترط له من لحقه غلبة على حق الاخر مع ان هذه الغلبة ايضا لا تصير موجبة لها لان ذلك يستلزم الاضرار بحق لا غلبة لحقه وكل شرط متضمن للاضرار بمسلم فهو باطل لان الاسلام لا ضرر فيه ولا اضرار هذا اذا كان المشترط احد المتزاوجين وحده واما لو تراضيا به وتواطئا عليه قبلا بها فالظاهر البطلان ح ايضا لان الوطي بالزوجة في كل اربعة اشهر واجب والشرط المذكور يوجب تحريمه فيكون باطلا لما حققناه من ان كل شرط حرم الحلال باطل او حلل الحرام باطل

[margin: لكن ٣]

وتحليل الصحة لان وجوب وطيها فيه اذا لم يسقطه الزوجان او الزوجة لا الزوج ومع اسقاطها ذلك فلا يبقى وجوب ولعل الاظهر واما لو شرط الزوج عليها في ضمن عقد النكاح او عقد اخر لازم ان لا يزيد في الوطي على الواجب الذي وضعه الشارع الواضع للنكاح امكن الصحة بل عندي ان صحته قطعية لانه ليس منافيا للغرض الاصلي في العقد لجواز تحصيله بالواجب وليس الزائد حقا للزوجة اصلا بل للزوج وحده وهو حقه فيسقط لان الناس مسلطون على انحاء التصرفات في حقوقهم وكذا يمكن الصحة لو اشترطت عليه النقص عن الواجب فيه نظر لان الواجب حق للزوج ايضا الا ان تراضيهما يوجب جواز الصحة ومن الشروط الغير الجائزة اشتراط الرقية للولد اذا كان احد الابوين حرا والاخر غير حر بل مملوكا اما اذا كان الابواه حرين فلا خلاف في ان اشتراط الرقية ح باطل لكونه مخالفا للاجماع الامة وعلى الاول بلا خلاف ايضا في ان الولد المتولد من الامة

[margin: الخاد ح]

ان كان ابوه حرا او بالعكس حر لان الولد تابع لاشرف الابوين ولا اشرف بعد الاسلام الا الحرية فانها اشرف من الرقية بل العبد والامة يلحقان بالحيوان في بعض الاحكام ولا يلحق به حر اصلا والكان المشهور جوازه استنادا الى عموم قولهم المؤمنون عند شروطهم وهذا الاستناد مردود هنا لان عموم الشرط يختص بعموم الشرط الصحيح للاجماع على انهم ليسوا عند الشروط الفاسدة واستنادا في الجواز ايضا الى رواية مقطوعة دالة على صحة هذا الشرط وهي تعضيد عموم هذا الحديث والاصل في افعال المسلمين الصحة ولعل المشهور ذهب الى ان هذا الشرط صحيح اذا كان الام حرا والاب عبدا فشرط مولاه على الام ان يكون ولده رقا له واما في عكس ذلك فلا يتصور معنى لاشتراط الاب رقيته ولده الا اذا اشترط مولى الامة عليه رقيته وذلك اي بطلان هذا الشرط

[margin: وعلوكا ٣]

لو رود الاخبار الكثيرة بحريته عن اهل البيت ح وفي بعضها لا يملك وكذا لتحصل بالوجه فالاصل في الامة كما في غلام زيد اذ لو كان الحرية للولد لما كان فيه حجة على المدعى للاجماع عليه في الكل وهذا كالصريح وكذا للاكراه بقوله وعموم الشرط لسبب كثرة وقوعهم جميعا مضافا وهو يفيد العموم

مختص بعضها اي بعض شرط في ضمن العقد قد خالف السنة واشار اليه الشيخ بقوله والسنة وردت
بالحرية وهو ينافي الرقية اقول وفيه تأمل لان المراد في كون الولد حرا اما كان ام اباه
كان انه حر لم يشترط في ضمن عقد كما هنا رقيته فهو مسلم ولا دليل على انه حر اذ لو
اشترطت وان اريد انه حر سواء اشترط الرقية ام لم يشترط فهو مصادرة على المطلوب
مضافا الى ان الشهرة حجة قوية كما ذهب الى حجيتها المصنف في القوانين فكيف خالفها هنا
لا سيما اذا ايدها نص ولو كان ضعيفا والرواية غير واضح السند والدلالة ولا يعول عليها
اقول ولو سلمنا ضعفها فلا يقدح في كونها مؤيدا للشهرة واصالة الصحة في افعال المسلمين وعموم
المؤمنين عند شروطهم فالاولى في الاحتجاج على البطلان ان يقال الاصل في افعال المكلفين البطلان
حسبما اشرنا اليه مرارا والرواية ضعيفة والشهرة المذكورة غير واضح الحجية هنا لو لم يكن [illegible] الدليل
اخر من الادلة وعموم النص بالمنع المتقدم فلا يحمل ما نحن فيه لان صحته اول الكلام مع كونه مخالفا
لعمومات وردت في ان هذا الولد حر سواء كان شرط الحرية ام لا وتخصيصها بالاخير خلاف الاصل لا بد عليه
ثم ان ما ذكرناه في هذا المطلب ينبغي دليل [illegible] في هنا وفي العقود من الشروط الغير الجائزة
الاجماعية كاشتراط الوطي بالزوجة الدائمية دائما وعدم نقل الثمن الى البايع والمثمن الى المشتري
في البيع واشتراط شرب الخمر او الزنا او اللواط ونحوها من الشرائط الباطلة بالاجماع على بطلانها
او المختلف فيها بين العلماء كهذا الشرط المذكور هنا وكاشتراط ترك التزويج والتسري وعدم العتق
ونحوها والفرق بين اقسامه على ما ادى اليه النظر القاصر وهذا اعتراف منه [illegible] الدرك
في مقام الخضوع وبعض النفس حشره الله تعالى مع الائمة وقد عرفت في بعض ما افسره من الشرائط قد
بينا لك ضعف وجوه فسادها وابدينا وجها اخر في كل منها ولكن هنا اشكالا لا اخر لا بد ان
وهو ان الاصحاب ذكروا في الكتب الفقهية ان كل شرط جائز الا ما خالف الكتاب والسنة
فيعلم ان بعض الشرائط قد علم من الشرع والقواعد الشرعية الثابتة انها فاسدة وبعضها قد علم
منها انها ايضا صحيحة ولا كلام في بطلان الاول وصحة الثاني وبعض الشرائط مشكوك البطلان
والصحة بمعنى انه لم يعلم فساده كما انه لم يعلم صحته ايضا فالاصحاب على ان مجرد عدم العلم بفساد
الشرط في ضمن العقد يكفي في صحته ولا يكفي في بطلانه الا العلم بفساده وهذا الحكم منهم مشكل ومحل البحث
والاخبار وان وردت طائفة منها بهذا المضمون اي يكون كل شرط في ضمن العقد صحيحا ما لم يعلم فساده
لو لم يكن غير معتبر كما سنشير اليها لكن في بعضها دلالة على ان الشرط يعمل به الشرط معلوما اه
المتداول بين الاصوليين ان ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته فالشرط في

في جواز الشرط في ضمن العقد وصحته سواء كان في ضمن عقد لازم ام في ضمن عقد جائز كالوكالة
موافقته للكتاب والسنة بمعنى انه لا يصير الشرط المذكور جائزا الا اذا علم انه موافق لاحدهما
ولا يكفي في الجواز عدم العلم بفساده وموافقته لهما كما ذهب اليه الاصحاب فكان المخالفة
المعلومة بدليل شرعي للكتاب والسنة باي نحو من انحاء المخالفة كانت مانعة عن جواز
الاشتراط وصحته ولا يكفي في الفساد مجرد احتمال البطلان والمخالفة لهما فموافقتهما شرط
يتوقف عليها صحة الشرط ويدور مدارها فان حصلت صح والا فسد اقول ان اراد
من موافقته لهما ورود نص شرعي على جواز الشرط فيرد عليه اولا انه خارج عن المتنازع فيه
بل هو احد من افراده وليس النزاع مقصورا عليه ومنحصرا فيه وثانيا انه لا يتوقف صحة الشرط
الذي يختاره المتعاقدان الذي لم يرد على جواز الالزام والالتزام به نص من الشارع كما سبق
وان اراد وجوب العلم او الظن ان لم يمكن العلم لتعذره او تعسره بالمطابقة سواء كان بسبب ورود
النص او بغيره من ساير الطرق حينئذ ان المطابقة لا تعلم او لا تظن الا بامرين احدهما ورود النص
او الاجماع على جواز الالزام والالتزام به والاخر عدم العلم ببطلانه والاول مع عزوه عن محل الكلام
قليل ولا ثمرة في البحث عن [illegible] ورود جوازه او عدمه من الشارع [illegible] المؤنة عن حقيقته
وعلى هذا يمكن حمل ما ظهر من بعض الاخبار من ان المطابقة شرط لصحة الشرط كما ان المخالفة شرط لبطلانه
على ان تكون المطابقة اعم من العلم بصحته ومن عدم العلم والظن بفساده بناء على ان [illegible] اعتبار
عدم العلم والظن بفساده شرعا فهو قد طابق الشرع لانه لم يعلم الباطل المعلوم بطلانه او مظنونه
والاخير كثير وان كثر الطالب حكموا بصحتها عن الشرط الصحيح ولعل المراد بقولهم كل شرط جائز
الا ما خالف الكتاب والسنة ان ما لم يعلم فساده من الشرط سواء علم صحته ام لم يعلم بل احتمل بعيدا
صحيح وان لم يعلم انه مخالف لواحد منهما او لهما فاسد لعدم الواسطة بين الصحيح والفاسد
والناس مكلفون بالعمل بالظواهر الشرعية ولذلك قالوا الامر يفيد الاجزاء مع جواز ان لا يعلم المصلي
صحة صلوته في الواقع بل انما نظر الصحة او لم يعلم فسادها واذا كان الامر في العبادات كذلك
فالمعاملات اولى بذلك لان الاهتمام بشان الاولى اكثر ولا يعترض عليه بان حق العبيد مقدم
على حق الله تعالى اجماعا والشرط في المعاملات التي تستتبع نقل حق بعض الى بعض اخر فالاهتمام
بالمعاملات من تلك الحيثية اشد من العبادات وان عكس الامر من حيثية اخرى ليس الكلام
فيها لانا نقول [illegible] المتعاقدين مع عدم علمهما بفساد ما عاملوه يدفع هذا المحذور
فان بعد الكشف في بطلان المعاملة يرجع ما في يد كل منهما الى صاحبه الاصلي ويحتاج الى عقد جديد

بل الاخبار التي استدلوا بها على ان كل شرط جايز الا ما خالف الكتاب والسنة لان الشرط
الجايز في الشرع ما علم من الشارع صحته بناء على عدم كفاية عدم العلم بالفساد في الصحة
مطابقه لذلك الذي ذكرنا من وجوب العلم بالصحة وعدم كفاية عدم العلم بالفساد مثل
الاخبار التي سياتي ذكرها ونحن نتكلم في مطابقتها لذلك هناك انشاء الله واشار الى بيان الاشكال
ايضا بقوله فان الموافقة للكتاب والسنة والمخالفة لهما امران لهما حقيقة في نفس الامر والواقع
فلو طابق الشرط الصحة الواقعية صح والا فسد لان الالفاظ اسام للامور النفس
الامرية وصحة الشرط اذا لم تطابق النفس الامر فتطابقها المخالفة المبطلة له لاستحالة
الواسطة في الامور الشرعية التي هي موضوعات احكام الشرع شرطا ولو معاملة لانها من مجعولات الشارع
ايضا وعلى هذا فلابد في صحة الشرط من العلم بالموافقة ولا يكفي فيها عدم العلم بالفساد وبطلانه
ولا يجوز ان يقال انه يجوز اشتراط كل شرط ما لم يعلم مخالفته للكتاب والسنة اقول كما ان
انسداد باب العلم في زمان الغيبة بالاحكام الشرعية الفرعية اوجب جواز العمل للمجتهد بالظن
الذي اقيم الدليل على جواز التمسك به لاجل انسداد باب العلم بالاحكام الشرعية الوضعية
جواز م — اوجب [2] العمل والالتزام بكل شرط لم يعلم فساده بعد التتبع التام عما يدل على بطلانه
اوصحته من الادلة الشرعية اذ من البين ان المراد بقولهم كل شرط جايز الا ما خالف ليس
ان جوازه عند المجتهدين وذلك بسبب علمهم بان عدم العلم بالفساد كاف في هذا احد مجتهدا لهم
والصحة والبطلان تعرض للموضوعات وهي الامور التي وضع اللفظ للواقع من كل منها دون نفس امره
فتأمل جدا بل يجوز انقلاب القول بانه لا يجوز اشتراط الشرط في ضمن العقد ما لم يعلم موافقته
للكتاب والسنة او ما لم يعلم عدم مخالفته لهما اقول فيه بحث لان العلماء لم يعهد من احد
منهم ان يقول لمقلديه في العبادات والمعاملات انه يجب في معاملاتكم وشرايطها
العلم بالموافقة لنفس الامر والواقع بل كانوا يكتفون منهم بمجرد عدم ظهور الفساد وعدم العلم به
وبهذا ينكشف ان عدم العلم بالبطلان يكفي في صحة الاكثر مضافا الى عموم قولهم المؤمنون
عند شروطهم بل على ان كل شرط شرطوه فيما بينهم يجب عليهم الوفاء به كما كانوا عالمين
بالموافقة او ظانين لها اذ لا نقول ان مجرد عدم العلم بالفساد كاف بل الكافي في الصحة ذلك
ملاحظة — مع انضمام بعض امور اخر كهذا العموم ونحوه مما يؤيد العدم المذكور مع ان الاصل والقاعدة
على الجواز والبطلان كما هو مقتضى جميع الاحكام الشرعية حسبما اشرنا اليه انفا مرارا
اقول الامر كذلك لكن الشهرة المذكورة وعموم ادلة الشرط وغير ذلك يعارض هذا الاصل مع احتمال

احتمال ان يكون محل اجراء هذا الاصل فيما ظهر من دليل في بادي النظر بطلان الشرط وعارضه
دليل اخر لا قوة له عليه بحيث يحصل لها التكافؤ وح فيجري هذا الاصل ويؤيد البطلان ويترجح
بسببه دليل الفساد على دليل الصحة وليس الامر فيما نحن فيه كذلك لان عدم العلم بفساد الشرط
وعدم ورود النص وعدم تحقق الاجماع عليه مع كونه محل التسليم مضافا الى عموم ادلة الشرط
والشهرة المذكورة يرجح الصحة على البطلان لان له دليلا واحدا وهو الاصل المذكور فتدبر
فما حصل اليقين بانه مخالف للكتاب والسنة او موافق لهما ان لكل منهما او حصل الظن
المعلوم الحجية فلا كلام لاحد في بطلان الاول وصحة الثاني لان العلم حجة اجماعا وكذلك
الظن المعلوم حجيته في الشرع للاتفاق على انه المعيار في فهم الاحكام العملية في زمان
انسداد باب العلم لاتفاقهم على ان الظن يقوم في الشرع مقام العلم اذا تعذر او تعسر العلم
عدم م — للشك حيرنا بان القول بان عدم العلم بالفساد ليس ظنا يعتبر ويعتمد عليه بعيد عن الانصاف
بعد ملاحظة ان جميع المكلفين يكتفون في صحة صلواتهم بظن الصحة او بعدم العلم بفسادها مع عظم
امرها وخطرها ومع ذلك لا يكلفهم المجتهد في تحصيل العلم او الظن المعلوم الحجية في البراءة عن
اشتغال ذممهم كما لا يخفى واما اذا اشترط حصل الشك فيه سواء حصل الشك بكون الشرط
جائزا او غير جائز من غير جهة منافاة الشرط مقتضى العقد وعدمه منافاتها بحسب الظاهر وبادي
النظر او من جهة انه هل هو مناف لمقتضى العقد فيصير باطلا ام لا فيصير صحيحا لعدم الواسطة بينهما
ففيه اشكال من حيث الحكم بالصحة اقول لا يبعد ان مراد الاصحاب ان الشرط الباطل منحصر
فيما علم كونه مخالفا لهما وان الشرط المشكوك صحته صحيح بجميع ما ذكره المصنف حتى وان
ارادوا من عدم العلم بالفساد ظن صحته بملاحظة بعض العمومات الدالة عليها فيرد عليه
جميع ما ذكرناه من اول ذكر الاشكال الى هنا لان المفروض الظن بالصحة وعدمه وقد قال بكفاية
فيها وسيعد من الاصحاب اهل الورع والتحقيق ان يقولوا بصحة الشرط المشكوك صحته وبطلانه
والمعاملة م — غاية البعد والاصل في العبادات والمعاملات هو الفساد كان الصحة وهي في كل منهما
على الاصح ترتب الاثر الشرعي على كل من العبادة والمعاملة ببرائة الذمة في الاولى وحصول
النقل ونحوه في الثانية من الاحكام التي فيفية يتوقف على تعلق من الشارع بالادلة
الشرعية المنصوصة من عنده لذلك وتاثير هذا الشرط الذي يشك في صحته بسبب عدم العلم
بفساده يحتاج الى دليل لانه سبب لترتب الاثر عليه والاسباب من الاحكام الشرعية الوضعية ايضا

وعموم قولهم المؤمنون عند شروطهم مخصص بغير المخالف للكتاب والسنة اقول الذي
يظهر من النصوص ان الشرط المخالف لهما باطل وما علم انه موافق لهما او الذي لم يعلم
فساده فهو صحيح لان المخالفة لم يصدق انعقادها بالعلم بالموافقة لكي يصدق عدمها
بعدم م
العلم بالمخالفة والبطلان وما قوله فانحصر الطريق فيما وافق الكتاب والسنة في نفس الامر
منظور فيه لان الذي يجب تركه في العقد مما اخذ ما علم كونه مخالفا لهما ولا دليل على بطلان
اخذ ما لم يعلم مخالفته لهما بناء على ان المخالفة لم تنتف بسبب العلم بالموافقة ليصدق عدمها ايضا
بعدم العلم بالمخالفة وذلك لشبهة الوصف [illegible] باعتبار انتفاء الموضوع فيهما وهذا واضح جدا
واذا شك في كونه موافقا للكتاب او السنة يحصل الشك في الصحة ومع الشك فلا حكم
لان الاحكام الشرعية سواء كانت تكليفية ام وضعية لا تثبت الا بالعلم اذا امكن تحصيلها
به مثل الاجماع القطعي والخبر المتواتر وحكم العقل المستقل الضروري او النظري او بالظن الذي
علم حجيته في الشرع وجواز التمسك به في اثبات احكام الشرع اذا لم يمكن تحصيلها بالعلم
لانسداد باب العلم في جل الاحكام العملية مط ولو وضعية وقد اطبقوا على حرمة العمل بالظن
المشكوك حجيته او بالموهومات فلا يثبت بمجرد عدم العلم بالمخالفة والفساد صحة الشرط
لكنك قد عرفت ان ارادة الشيخ الصحة من عدم العلم بالفساد والمخالفة في غاية البعد
عن الاصحاب فصغرى هذا الدليل ممنوعة لانا نريد منه الظن بالصحة لا ان الشك فيهما والبطلان
واما الحكم بالفساد فانما هو من جهة عدم الدليل وفيه نظر اما اولا فلان هذا مبني على ان عدم
الدليل على الصحة او البطلان دليل على عدم الصحة والبطلان وهذا بين الاصحاب مختلف فيه فان
بعضهم على ان عدم الدليل على الحكم الشرعي ليس دليلا على عدمه واما ثانيا فلمنع عدم الدليل على الصحة
لما قلنا من ان الاصحاب يريدون بعدم العلم بالفساد الظن بالصحة وذلك كاف فيها كما عرفته
سلمنا لكن يحتمل ان يكون مرادهم ان الشارع جعل عدم العلم بالمخالفة كافيا في الصحة وذلك حكم وضعي
كما انه جعل العلم بعدم المخالفة بمنع العلم بالموافقة كافيا وليس ذلك الا من باب تيسير الامر على
المكلفين فلا يرد الفضل ان بعد تسليم ان عدم العلم بالفساد او المخالفة يوجب الشك
في الصحة والبطلان بانه كما لا دليل على الصحة فلا دليل على الفساد وكلاهما من الاحكام التوقيفية
فليس الحكم بعدم الصحة والبطلان الا ترجيحا بلا مرجح وذلك باطل جزما ولكن ان منعنا هذا
التسليم كما ذكرناه فلا يتجه ذلك وبذلك يندفع هذا الاشكال بان المرجع في حقيقة المعاملات الى

الى العرف اقول ان اريد من العرف عرف عوام الناس فلا عبرة بعرفهم في الاحكام
الشرعية لان المعاملات وشروطها احكام وضعية وهي امور يجب ان
يتلقى من الشارع والذي يرجع في حقيقته الى العرف هو موضوعات الاحكام
الشرعية لا نفس الاحكام مثل انه ورد في من شك في صلوته كثيرا فلا يلتفت الى
شكه مط فاختلفوا في كثير الشك من هو فذهب المحققون الى انه من يعده العرف
كثير الشك وذهب بعضهم الى انه من شك في صلوته ثلث مرات فان كثير الشك
موضوع للحكم الشرعي وهو عدم الالتفات بشكه وكثرة الشك وكثيره معلومان من العرف
وان اريد عرف العالمين بالاحكام الشرعية بالاجتهاد او التقليد فهم اي الفقهاء
قد عرفت حكمهم بان ما لم يعلم فساده من الشرط صحيح فلا مخرج لهذا الاشكال فتدبر
والعقد والشرط كلاهما من المعاملات فما يسمى في العرف بيعا مثلا او صلحا او اجارة
او غيرهما فيحكم عليه به شرعا اقول ان اراد ان ما يسمى بيعا في العرف بسبب حصول العلم
لاهل هذا العرف بانه بيع يترتب عليه اثره الشرعي الذي رتبه عليه الشارع
فهو صحيح م
فلا يدل على ان ما لم يعلم انه بيع او غير بيع يسمى به في العرف ايضا وان اراد ان ما يسمى
في العرف سواء كان معلوم الصحة ام لا فهو يكفي في الصحة ففيه ح ان المعاملة التي لم
او مظنونها م
يعلم فسادها ومن جملتها الشرط الذي لم يعلم كونه مخالفا لاحدهما صحيحة فيندفع
الاشكال عن اصله الا ان يثبت له شرط في الخارج الظاهر انه استثناء من قوله
فلا غبار على جوابه م
ان كل ما يسمى في العرف بيعا مثلا فهو صحيح الا ان يدل دليل شرعي على انه مشروط بشرط
اخر خفي على اهل العرف شرطيته وهذا يشعر بان المراد من العرف هنا عرف العلم الجاري
بين اغلب الناس وفيه ح ما ذكرناه انفا وكذلك الشرط فما يسمى في العرف شرطا
سائغا فيحكم عليه بانه يجوز الالزام والالتزام به وما لا يسمى به لا يحكم عليه به فنقول
في بيان ان الشرط الذي لم يعلم فساده صحيح كما ذهب اليه الاصحاب وصار مورد الاشكال
ان كل شرط يجب الوفاء به الا ما خالف الشرع وعلمت مخالفته لحكم الشرع
فما علم انه مخالف للشرع فيستثنى من الشرط الكلي الذي يجب الوفاء به وما علم انه موافق
فلا خلل فيه اقول ان اراد من قوله كل شرط يجب الوفاء به ان ما علم صحته يجب الوفاء به

فلا يسلم قوله وما شك فيه فالاصل عدم المنع عنه لانه مناف لما ذكر في الاشكال ومن
الحيل في جميع الاحكام سقط الفساد حتى يثبت الصحة وان اراد ان كل شرط علم صحته
او لم يعلم فساده يجب الوفاء به فهو ليس الا عين ما ذكره الاصحاب والاشكال باق بحاله
ولعل مبنى الجواب ان المعاملات امور كانت جارية بين الناس حتى قبل ورود الشريعة
والشارع ابقاها على ما كانت عليه والتصرف فيها تصرفات لم تخرجها عما كانت عليه
في زمان الفترة فعلى هذا البيع ما يسميه العرف بيعا والشرط في ضمن العقد ما يعده العرف
شرطا ولو بعد ملاحظة التصرفات الشرعية بخلاف العبادات فانها امور جعلية يجعل
الشارع استحدثها واخترعها ولم يكن العرف عارفا بها اصلا ولذلك ذهب بعض الاصوليين
الى ان الحقيقة الشرعية ليست الا في العبادات والشارع في المعاملات تابع للعرف
فلا يكون له فيها حقيقة شرعية وكل ما لم يعلم فساده ولم يعلم ان الشارع الغاه واسقطه
عن درجة الصحة والشرائط فهو باق على الجواز الباقي جوازه على ورود الشرع من
الشرائط والمعاملات التي جوزها الشارع وامضاها وابقاها على الصحة الاصلية وقد ظهر
ذلك في كلامه في القوانين في باب اثبات الحقيقة الشرعية كما لا يخفى على المتأمل في عبارته
لكن لا يخفى على من لاحظ الفروع الفقهية في المعاملات تسليم ان الشارع قد تصرفات كثيرة لم
يكن العرف واهل العرف عارفا بها اصلا والذي ابقاه الشارع على اصله ليس الا الموضوعات
كالبيع والصلح والهبة والمزارعة والمساقاة والقراض ونحو ذلك والحاصل ان قوله
فالاصل عدم المنع عنه غير مسلم بالنظر الى ان احكام الشرع توقيفية وان الاصل في جميع افعال
المكلفين بل وغيرهم ايضا الفساد حتى يثبت الصحة وقد عرفت ان ذلك لا ينافي كون الاصل
في افعال المسلمين الصحة حتى يثبت الفساد فان الاصل الاول فيما لم يرد في الفعل حكم
شرعي والثاني فيما ورد حسبما عرفت تحقيق ذلك مفصلا وهو افقه الاصل بمعنى اصالة
وجوب الوفاء بكل شرط في ضمن العقد هو مقتضى الكتاب والسنة لانه اذا ثبت
بدليل شرعي ان الاصل في كل شرط وجوب الوفاء به لم يثبت البطلان بدليل اخر
فقد ثبت ان الموافقة لهذا الاصل مقتضى كل منهما اذ الحكم بالله تعالى اما بالكتاب او
بورود نص يكون امضاء الله تعالى [illegible] في السنة ام في الامة عن [illegible] هذا

تصرف فيها

قدم

هذا وكل اذا شك في كونه منافيا لمقتضى العقد ينبغي كما انه اذا شك في كونه موافقا للاصل
في كل شرط في وجوب الوفاء به فهو صحيح لولا العرف صحيحا لكن يكفي صحيحا اذا شك في
كونه منافيا لمقتضى العقد لان المناط في بطلان الشرط عدم الوقوف بالبطلان والابطال بالطلاق
الا مع العلم بالمخالفة للكتاب والسنة وفي ذينك الشرطين لم يحصل العلم بالمخالفة
بل الشك فيها في الاخير وذلك لا يكفي في الحكم بالبطلان لان الاصل الصحة حتى يثبت المفسد
وليس الا العلم بالمخالفة دون الشك واقول هذا بناء في الاصل الذي بني عليه احكامه البطلان
حتى يثبت الصحة وهذا الاصل متفق عليه وقاعدة معتبرة بخلاف كون الاصل في المعاملات
الصحة فان ذلك لم ينقل عليه دليل معتبر تطمئن به النفس ولعل ماخذه ما اشرنا اليه قبيل ذلك
واذا تعارض بين هذين الاصلين فلا شك ان الاول مقدم سلمنا لكنهما متكافئان
فيحتاج الترجيح للاخير على الاول الى مرجح واذ ليس فليس وانما لا يكفي الشك في المخالفة
لمقتضى العقد فانه في الصحة فان الاصل عدم [illegible] ذلك الشرط في ضمن العقد حتى
يكون وجوده المشكوك منافاته لمقتضى العقد منافيا لمقتضاه اقول هكذا وجدنا النسخة
فالمعنى ان بطلان الشرط لما كان موجبا لبطلان العقد كما سيأتي القول به فاذا شككنا
في بطلانه فلا يوجب بطلان العقد لان الاصل عدم ارتباطه به مع ان بطلانه يوجب بطلانه ايضا
ومالم يبطل العقد فلم يبطل الشرط فليتأمل فيه نعم هذا استدراك في الشك
في المخالفة لا يقدح في الصحة بل هو باق عليها كما يعرض كل معاملة لم يعلم انها فاسدة
لو كان الشرط بحيث ليشك معه تحقق حقيقة البيع في العرف فالظاهر البطلان
وهذا مبني على القول بان فساد الشرط يوجب بطلان العقد وفيه ايضا اذ لو لم نقل
بذلك فلا يتجه هذا الا ان يقال المراد ان البيع مثلا وحقيقته معلق على وجود الشرط
الصحيح ومع الشك في وجوده فيكون وجود البيع مشكوكا لان الاصل عدم تحققه في
الخارج لا لان الاصل في الافعال البطلان حتى يثبت الصحة بل لان وجود ما هو
في الوجود [illegible] في الممكنات والاصل في كل ممكن عدمه حتى يثبت وجوده لان
الاعدام ازلية ومستمرة حتى يثبت خلاف ما كانت عليه في العدم الاصلي

يقم

وقع

سبب ان الشرط في [illegible] منافيا لمقتضى العقد

والحكم الشرعي تابع لما يصدق عليه البيع عرفا لانه من صفات الموضوع واحواله وعوارضه
والصفة تحتاج في الوجود الى الموصوف والعرض الى المحل يقوم به بناء على ان ثبوت شيء
لشيء يتوقف على وجود المثبت له فما لم يحصل البيع بسبب عدم حصول الشرط لا يترتب عليه
اثره الذي انتبه ان يرجع عليه والى ما ذكرنا في هذا الاستدراك ينظر كلام بعض الافاضل
كالمحقق الخوانساري جمال الدين محمد بن الفاضل العالم الكامل العامل المحقق المدقق
استاد الكل في الكل رحمهما الله تعالى في حاشيته على الروضة في مسئلة اشتراط الضمان
في عقد الاجارة بدون التعدي والتفريط واما مع احدهما فالضمان لازم بشرط ام لا
حيث حكم المص والشارح ره بفساد العقد بفساد الشرط وعلل الشارح فساد
الشرط بكونه مخالفا للمشروع ومقتضى الاجارة الظاهر ان المراد من الضمان ضمان العين
المستاجرة او زمان وجه الاجارة مع انتفاء العين التي يترتب هذا الوجه على
امكان ان ينتفع المستاجر بها لان مع زوالها وخرابها بحيث لا يمكن معه الانتفاع
لا يمكن ترتب وجه الاجارة على اجارتها ولعل الاول اظهر وفي صحة البيع ايضا وجه نظر لانه
قال المحقق جمال الملة والدين ره بعد هذا الكلام فساد الشرط ممنوع وكذا مخالفته للمشروع
ممنوع عنه ايضا ومقتضى الاجارة اي ومخالفته لها ممنوعة ثم قال لسند المنع الاول بقوله
فان التضمين بدون الشرط اي الشرط في ضمن عقد الاجارة غير مشروع لما يأتي وجهه
واما معه فلا نسلم عدم مشروعيته لان الناس مسلطون على اموالهم والمؤمنون عند
شروطهم والاجارة ليست مقتضية لعدم التضمين حتى يفسد الشرط للضمان
بمنافاته لمقتضى العقد بل كما انها لا تقتضي عدم التضمين لكن لا يقتضي التضمين حتى
اعم في التضمين ولا دلالة للعام على الخاص بوجه فالشرط للضمان للعين المستاجرة غير مناف
لمقتضى العقد واذا لم يكن عقد الاجارة مقتضيا لعدم الضمان فاشتراطه في ضمن عقدها
لا يكون مخالفا لمقتضاه والا اي وان كان اشتراط الضمان مخالفا لمقتضى عقد الاجارة
بناء على ان نفي التضمين اثبات لمنافي جميع الشروط التي لا يقتضيها العقد مقتضيات
تلك العقود فيلزم ان لا يوجد للشرط الصحيح مصداق في الخارج والتالي باطل اجماعا
انتهى كلامه ره واقول جميع افاداته حق لا دلالة فيه على ان الشرط ما ذكره المص بقا

سابقا نعم هذا الكلام على ما ذكره المحقق المذكور عموم ما دل على ان الامين لا يضمن الا بالتفريط
يقتضي عدم صحة هذا الشرط ولا مخصص له بما اذا لم يشترط الضمان ظاهرا والاصل عدم المخصص
الرافع فلا يصح اشتراط الضمان بدون التفريط كما ذكره الشهيدان ره لما عرفت من حال
ادلة الشرط من انها ليست على عمومها بل هي مخصصة كما عرفت صور تخصيصها بما يدل الشرع
اذ ليس عموم ما دل على ان الامين لا يضمن الا اذا فرط في ما بيده لا يمنع من صحة هذا الشرط
لان عدم الضمان انما هو بسبب عدم وجود سببه لان المفروض ان الامين لم يفرط ولا سبب
يقتضي الضمان الا التعدي والتفريط والمفروض انتفاؤهما ولكن اذا تراضيا ولو اطلقا
على الضمان بدون التفريط مثلا فلا دليل ينفي صحة هذا الاشتراط الا ان الاصل بقاء عموم
عدم التضمين على اصله حتى يثبت المخصص لان التخصيص نوع من المجاز المخالف للاصل المرجوح
لكن عموم الناس مسلطون على اموالهم والمؤمنون عند شروطهم تخصيص هذا العموم للاجماع على ان
الناس يجوز لهم اشتراط ما يشاؤا بعد كون نفس الشرط واشتراطه من مسوغات الشرع
فان قلت قائل ان قولهم ع المؤمنون عند شروطهم وان كان يقتضي التخصيص اي تخصيص
عموم ان الامين لا يضمن الا بالتفريط فيما انتم فيه بما اذا لم يشترط الضمان واما
مع الاشتراط فيكون صحيحا لقولهم ع المؤمنون عند شروطهم وللاجماع المشار اليه لكن النسبة
بين الدليلين اي دليل صحة الشرط ودليل عموم عدم الضمان الا بالتفريط عموم وخصوص
من وجه يجتمعان في مادة واحدة ويوجد الاول بدون الثاني في مادة ويوجد الثاني بدون
الاول في مادة اخرى ومع ذلك العموم الذي لا يقبل التخصيص لكل منهما بالاخر لان كلا
منهما خاص من جهة وعام من جهة اخرى فيحتاج في تخصيص احد الدليلين بالاخر الى مرجح
واذ ليس هنا مرجح لان ذلك ظاهر فلا يصح تخصيص عموم عدم الضمان الا بالتعدي بعموم صحة الشرط
فلا مرجح لاحد العمومين على الاخر سلمنا ان النسبة بينهما العموم والخصوص المطلقان
مع ان ملاحظة تحقق الاجماع على تخصيص عموم الشرط بكونه موافقا للكتاب والسنة
تضعف ذلك العموم اي عموم الشرط وصحته ما لم يعلم فساده فاقول نحن نمنع اولا
ان النسبة بين ذينك الدليلين العموم من وجه فان عدم الضمان اعم من الشرط الصحيح
باعتبار عدم العلم بالفساد او العلم بعدم الفساد كما اشرنا اليه انفا وثانيا ان عموم احد
الدليلين تخصصه بخصوص الاخر وبالعكس فكون النسبة بينهما عموما من وجه لا يمنع التخصيص
بناء على ان كلا منها عام من وجه فيخصص بالاخر وخاص من وجه فيخصص ايضا به الاخر

ونظير ما ذكره المحقق السابق ذكره على عدم صحة اشتراط الضمان كلام قاله الشهيد ان ره
حيث ذهب الى الصحة واخترناه ايضا ووافقنا المصنف كلامه المحقق الاردبيلي ايضا
في شرح الارشاد في تلك المسئلة قال ره ويمكن ان يقال في بيان وجه صحة هذا الشرط
ادلة صحة العقود وادلة صحة الشروط يقتضي صحة هذا الشرط لانه من جملة الشرائط التي
لم يعلم بطلانها فله ايضا حكمها الثابت لها بعموم ادلة صحة كل شرط في ضمن العقد لم يقطع بفساده
ايضا كما انها يقتضي صحة الشرائط الاخر التي قد عرفت بعضها سابقا واحتمال كونه شرطا
مخالفا لما ثبت شرعا احتمال بعيد لانه غير ظاهر والاصل بقائه على الصحة التي دلت عليها ادلة
الشرط لا يقال قد اجمعوا على ان الامين لا يضمن الا بالتفريط وقد فاتت العين المستاجرة
بدون تعدي المستاجر او تفريطه فاشتراط الضمان مخالف لهذا العموم الثابت في الشرع
اذ نقول في الجواب عنه ان عدم الضمان للامين المفروض عدم تعديه وعدم التفريط
لا يستلزم كونه اي كون عدم الضمان باقيا معه اي مع اشتراط الضمان في ضمن العقد
فتامل ان كان الامر بالتامل من كلام المقدس ره فلعله اشارة الى ما ذكره المصنف ره بقوله نعم الخ
وان كان من المصنف على كلامه هذا ففي وجهه ما ذكره سابقا وكيف كان فلا وجه لهذا التامل
بعد ما حققنا لك وجه صحة هذا الشرط ودفع ما قاله المانع في وجه عدم صحته قال المقدس ره
وفي رواية موسى بن بكير دلالة على صحة الشرط والضمان عن ابي الحسن ع وساق الرواية
الى اخر ما ذكره وهذه الرواية تدل على صحة الشرط وان كانت ضعيفة لا تصلح حجة عليها
لانها تصلح للتاييد لها مع ان الاصل في كل شرط لم يعلم فساده الصحة نظرا الى عموم ادلته
تخرج عن مقتضاها فيما علم فساده فيبقى الباقي مندرجا تحت العموم وما ذكره ليس كافيا في بطلانه
ثم ان العرف يحكم بعد ملاحظة هذه العمومات وبعد ملاحظة ان المعاملات كانت جارية بين
الناس وكانوا يكتفون في المعاملات بمجرد اجراء الصيغ الشرعية وظن المتعاقدين الصحة
بصحة هذا الشرط ايضا لان المستاجر متسلط على العين المستاجرة فيمكن الالزام عليه بضمانها
ليهتم في حفظها ويمكن القول ببطلانه بسبب ان العين قد تفوت بدون اختيار المستاجر عليه
بسبب كونها مسروقة بالخراب فاشتراط الضمان ح مع عدم التعدي والتفريط يستلزم
الضرر على المستاجر وذلك باطل لانه لا ضرر ولا ضرار في الاسلام لكنه ايضا
لا يثبت البطلان على سبيل الاطراد بل في بعض الصور ولا قائل بالفصل فيها ظاهرا فلا يتم هذا ايضا

ايضا ثم ان ما يتراءى وروده على كلام هذين المحققين جمال الملة والدين والمقدس ره
هنا اي في مسئلة صحة اشتراط الضمان بدون التفريط والتعدي في العين المضمونة
والشهيد الثاني ره في مسئلة اشتراط الزوج للزوجة في ضمن عقد النكاح او غيره
ان لا يخرج المرأة من بلدها في عقد النكاح وانما ورد ذلك على كلامهم حيث ان الاجل
انهم منعوا عن كون ما يشترط في العقد مخالفا للمشروع او منافيا لمقتضى العقد مع الشرط
ايضا اما الاول فلما عرفت من ان عقد الاجارة لا يقتضي عدم الضمان مع قطع النظر عن عدم
التفريط وعدم التعدي الا اذا لم يشترط الضمان واما اذا اشترط فكونه مخالفا لما يقتضيه
مم واما في الثاني فلما عرفت من ضعف كلام ابن ادريس ره حيث حكم بعدم صحة اشتراط عدم
اخراجها من بلدها وفي صحة هذا الشرط كما ورد عليه النص بل المسلم كون الضمان وعدم
الاخراج منافيا للمشروع ولمقتضى العقد انما هو في غير هذا الحال اي حال اشتراط كل منهما
اما الاول فلان الامين لا يضمن الا بالتفريط والتعدي او باشتراط الضمان ان كانت
والمفروض عدم جميع تلك الثلثة واما الثاني فلان مقتضى عقد النكاح اطلاق المنفعة
والتصرف وعدم جواز اخراج الزوجة من بلدها الى بلده دفع للبعض الخاص التصرف المترتب
عليه بدون سبب يقتضي دفعه في الشرع فيكون كل منهما مخالفين للمشروع ومقتضى العقدين
من ان ذلك في صحة اشتراط الضمان وصحة اشتراط عدم الاخراج يستلزم حصول
كونه قابلا للشرطية قبولا كاشفا من جهة على العلم بالمخالفة للكتاب والسنة بسبب الشرط
مع ان جواز الشرط موقوف بسبق قابلية ما يشترط في العقد لذلك توضيحه ان
صحة اشتراط الضمان موقوفة على كونه قابلا للشرطية وقبوله لها يتوقف على عدم العلم بالمخالفة
اذ مع العلم بالمخالفة لها لا خلاف في عدم كونه قابلا للشرطية مع ان نفس الشرط لا
اشتراط مسبوق بكون اصل الشرط قابلا للشرطية والالزام والالتزام به فيلزم منه
تقدم الاشتراط على الاشتراط وهو باطل لانه يوجب تقدم الشيء على نفسه وهو دور او
البطلان وبديهي الفساد لان الاشتراط يتوقف على عدم العلم بالمخالفة فلم يمنع صحة نفس الشرط
واصل الشرط وصحته مسبوق بكونه قابلا للشرطية فيلزم ما ذكرنا من الفساد وما هذا الا
دورا مضمرا وملخص ذلك ليس الا صحة اشتراط الضمان او عدم الاخراج فلا يصح ان
لان علة المجاز اولى بالمجازية لان العلة اولى بالاتصاف بصفة المعلول لانها موجبة

اقول ٤

وجوازه ٤

جواز ٤

يوقف ٤ اقول ويمكن دفعه بان نقول صحة الاشتراط على صحة اصل الشرط اذ لا يجوز الالزام والالتزام
بما لا يكون صحيحا بل فاسدا ولا يتوقف صحة الشرط واصله على جواز الاشتراط به بل
على عدم العلم بالفساد والمخالفة للكتاب والسنة قوله مع ان جواز الشرط الخ
ان اراد ان صحة اصل الشرط يتوقف على صحة الاشتراط ففيه انه بين الفساد جدا وكذلك
واضح وان اراد غيره فلا يجدي نفعا ويمكن دفعه بان مرادهم انه يجوز ذلك الشرط
لعدم العلم بالمخالفة الكتاب والسنة او لمقتضى العقد حين ما حصل السهو قد يقال
لا يجوز الدخول في بيع سلم حصلت ومانه ويريد بها مقدماته والتراضي على وفق الشرط
واذا كان مرادهم من جواز الشرط كونه جائزا بسبب عدم العلم بالفساد فهذا معنى صحته
ولا يتوقف ذلك على كونه قابلا للاشتراط والشرطية حتى يلزم الدور فيصان استلطائن
وج علها ان ذمة في اختيار السكنى مثلا انما يسلم هذا التسلط في غيرها اي غير تلك
السكنى كبلد المراة لو تراضيا على كون هذا التسلط اي التسلط على اخراجها الى بلده وسكناه
ساقطا عن الزوج في خصوص المكان والمساير ووجوه الاستمتاع في غير باقية على اصلها
خليه التسلط عليها في جميعها ثم اوقعا العقد وادرجا الشرط في ضمنه وكذا التضمين في
عقد الاجارة فحكمه ان الشرط اذا لم يعلم فساده ولا مخالفته للكتاب والسنة
وتراضى المتعاقدان عليه وادرجاه في ضمن العقد اللازم او الجايز فهو صحيح قابل للشرطية
فصحة اصل الشرط مقارنة للاشتراط والشرطية لا يتوقف الاول منهما على الثاني
ثم اعلم ان المصنف كالمعلم كون عدم العلم بالفساد كافيا في صحة الشرط لكنه لم يسلمه على سبيل
لو كان في العموم والاطلاق بل سلمه في الجملة ولذلك قال فيما سبق انه لو شك في الشرط يجب ان يحصل
مؤثر التي في حصول الموهبة والمعاملة فيتجه بطلان الشرط حاول هنا الاشارة الى ذلك
ايضا بقوله ومما يؤيد كون الشك في مخالفة الشرط مقتضى العقد المتضمن له لكن لا على
سبيل يتمم ان يكمل بالمعنى الذي اشرنا من حصول الشك في تحقق ماهية العقد مخلا لصحة
المعاملة والشرط كليهما لان بطلان المتبوع يوجب بطلان التابع ايضا بل وكذلك بطلان التابع
يوجب بطلان المتبوع على القول بان بطلان الشرط يستلزم بطلان العقد المتضمن له
وقوله في تحقق ماهية العقد صريح في انه لم يسلم كفاية عدم العلم بالفساد في صحة الشرط في
الجملة لا مطلقا كما عليه الاصحاب استند الاكثرهم في ابطال اشتراط الخيار لفسخ النكاح

النكاح في عقد النكاح بانه ملحق بضرب العبادات وانواعها وخارج عن عقود المعاملات
وحيثيات ولا شي من العبادات يقبل اشتراط خيار الفسخ فانها منجزات لا يتصور
فيها الخيار ووجه الالحاق انه يندفع به العزوبة المنهي عنها في الصلوة ويحصل بها النسل
الموجب للاجر الجزيل الاخروي ولذلك ورد ان من تزوج فقد احرز نصف دينه وان فيه
ثوابا عظيما والفهم لي الاحكام الحكمية التكليفية ولشدة اهتمام الشارع به عد من
العبادات التي تجب في صحتها نية التقرب بها الى الله تعالى ومن ثم ورد ان الناكح يجب
عليه ان لا يقصد في النكاح تسهيل النفس الامارة بل ما ذكرناه من الفوائد وغيرها وبذلك
الالحاق بالعبادة وصيرورتها جعلوه شرطا غير جائز في حكم المشهور ببطلان العقد الذي
بذلك ايضا الى سبب بطلان اصل الشرط لا لان بطلان الشرط يوجب بطلان العقد
ايضا بل لان التراضي بين المتعاقدين في عقد النكاح انما وقع مع الشرط فان الشرط
جزء المعقود عليه والذي وقع العقد عليه ولسبب انتفاء الشرط من جهة فساده ينتفي
العقد ضرورة انتفاء الكل بانتفاء الجزء اقول ويظهر من كلامهم انهم اطبقوا على ان هذا الشرط
فاسد وعلى هذا فلا كلام فيه بل مع قطع النظر عن كون بطلانه اجماعيا نقول قد عرفت
ان الاشتراط ما ينافي دوام عقد النكاح باطل لانه مناف لمقتضى عقد النكاح الاصلي
واما بطلان اصل العقد ببطلان هذا الشرط بهذا الوجه ففيه نظر لان كل شرط من
الشروط انما وقع مع العقد وصار جزءا من المعقود عليه فلا يدل هذا الوجه على بطلان
عقد النكاح فقط باشتراط الخيار الفاسد وان جعل هذا الوجه مع كونه ملحقا بالعبادات
سببا لبطلانه ففيه ان الحق ان جميع احكام الملحق به ليس ثابتا للملحق بل احكامه الشرعية
مضافا الى ان الالحاق امر جعلي جعل العلماء لم يجعله الشارع جزء سبب البطلان وعلته
مع ان المعقود عليه ليس الا نفس النكاح ثم شرط في ضمن تحققه شرط الخيار فلا كل ولا جزء
حل فالا بان اليابس حيث حكم بصحة العقد فان كلا من العقد والشرط منفك عن الاخر
لا ملازمة بينهما ليقال بطلان اللازم يوجب بطلان الملزوم لانه اخص منه غالبا
او ان بطلان احد المتلازمين يستلزم بطلان اللازم الاخر ايضا وبطلان احدهما لا
يستلزم بطلان الاخر لعدم اللزوم بينهما وتردد فيه المحقق ره ولم يحكم الشرط منها

ووجه الاستدلال ان النكاح كالعبادات من التوقيفيات يعني ان العبادات المحض مغلق
امور توقيفيه ومجهولة تحبل الشارع لم يكن الوقوف عارفا بها الا بعد تعليم الشارع اياهم
بها وتعريفه اياها لهم بخلاف المعاملات فانها كانت جارية فيما بينهم من لدن آدم ع الى زماننا
والشارع انما تصرف فيها بتصرفات لم تخرجها عما كانت عليه لانه جوز البيع والاصلح والاجارة
لكنه منع عن البيع الربوي والغرر ونحوهما في المعاملات الممنوع احد اشخاصها لا كليتها فان كليتها غير
والنكاح من قبيل الاول ولم يعلم جواز النكاح مع شرط فيحتمل مثل هذا النكاح المشروط

الخيار ره

فيه خيار الشرط نكاحا شرعيا بعقد صحيح وادخال هذا الشرط فيه حرام فيكون عقد
النكاح الذي شرط فيه شرط الخيار باطلا كالشرط لانه لو شككنا في كون شيء عبادة
ومشروعة فلا يجوز فعلها بقصد الشرعية لان الاصل يحكم بان العبادة ما لم يعلم كونها عبادة
شرعية لا يجوز فعلها بقصد كونها مشروعة لان الاصل عدم المشروعية فعدم العلم بصحة هذا الشرط
والعقد المشروط فيه ذلك يوجب الحكم ببطلانهما لان النكاح ايضا في العبادات اقول وفيه
نظر لان حكم الملحق بشيء قد يوافق حكم ذلك الشيء وقد يخالفه بالمباينة ولم نقل بان المخالفة
اكثر من الموافقة والعام لا يدل على الخاص مضافا الى ذهاب المحققين الى ان المشترك في المرتبة
في الحكم المرتبة ولذلك اشترط علماء البيان في اقسام كل من التشبيه والاستعارة والكناية
الكنية وجه الشبه تاما احسن منه فصحة كناية عن الرجل الذي لحمه رابحم مستكرمة مطلين ذلك
بان الاسد ظاهر في ارادة الرجل الشجاع لا ينتقل به الى الابخر الفم فلا يصح ان يكنى به عن الابخر
وذهاب بعضهم الى انه مجمل يحتاج الى قرينة معينة لاحدهما واما القائلين بافادته العموم فهم
قليل في العلماء سلمنا لكن لم لا يكفي بطلان الشرط منافاته لمقتضى العقد الاصلي عن الدوام
وسبب بطلان العقد عند من يقول به كون اهتمام الشارع بامر الفروج والانساب كثيرا تبع الذهاب
الى ان بطلان الشرط المخالف لنفس العقد سبب لبطلان العقد كما في بطلان اشتراط عدم انتقال
الثمن الى البايع والمثمن الى المشتري سبب لبطلان عقد البيع ايضا ولم نقل بان بطلان كل
شرط يوجب بطلان العقد المذكور بل ينظر في كلام ابن ادريس حيث قال بالانفكاك في حجة
في مذهب الى بطلان النكاح بسبب بطلان اشتراط الخيار فيه وفساد العقد بسبب فساد الشرط
والابد ان النكرة وردد فيه المحقق فليس سبب حكمهم بالبطلان عدم العلم بالصحة فلا اشكال والا ينبغي

يعني وان قطعنا النظر عن هذا الاستدلال على بطلان العقد والشرط المذكور بوجه تابيده بما ذكر
من عموم قولهم المؤمنون عند شروطهم لشمله فيقتضي ان يكون صحيحا كما ان كل شرط الكائن في سائر

الصحيح ره

العقود المندرج تحت هذا العموم اقول وفيه ما لا يخفى لانا قد بينا لك بطلان اشتراط الخيار
في عقد النكاح الدائم لمنافي مقتضاه الاصلي وكل شرط مناف لمقتضى العقد فهو باطل
وهذا العموم مخصص اجماعا بما اذا لم يظهر مخالفة الشرط لمقتضى العقد الاصلي فشمول هذا العموم
لهذا الشرط ممنوع وكذا الامر في شروط ساير العقود فانه يشمل لها اذا لم يظهر مخالفتها لمقتضيات
عقودها والا فمع الظهور لا شمول ح وهنا اي بطلان الشرط المذكور في عقد النكاح
اذا جعلنا المبني هو القاعدة في الجائز وغير الجائز وما ذكر ابداء لوجه عدم الصحة والبطلان
والا فالظاهر ان الاجماع منعقد فيما نحن فيه على بطلان اشتراط الخيار في عقد النكاح لا عليه
ولا بطلان العقد بسبب بطلانه ايضا لانك قد عرفت انكار صاحب السراير لبطلانه ايضا وتردد
المحقق فيه كما صرح به ابن ادريس ره في كتابه السراير ومع ملاحظته يرتفع القيل والقال

المنقول ره

لان الاجماع بخبر الواحد حجة قوية لا سيما في مثله ره اذا عرفت هذا فاعلم ان من مشكلات
هذه المقالة اي مقالة اثبات اقسام الشرائط في المعلوم بطلانه او مظنونه او المعلوم او
المظنون صحته والمشكوك كلا الامرين فيه بمنع عدم العلم بالفساد والبطلان الذي
اشكلوا فيه بما عرفت بعزته ودفعه بما ذكرناه وما ذكره استدلالا لهم في اثبات خيار الشرط
في البيع عن بيت الشرط اعني قولهم ع المؤمنون عند شروطهم وبعد ما ثبت بالاجماع و
الاخبار ان هذا الخبر العام الوارد في الصحيح مخصص بغير ما خالف الكتاب والسنة واما
الشرط المخالف لمقتضى العقد الاصلي فهو ايضا مندرج تحت الشرط الكلي المخالف للكتاب والسنة
فلا يصح تخصيص العموم به ايضا لانه فرد من افراد هذا الشرط الكلي المخالف لهما فلا بد
في تصحيح صحة خيار الشرط من اثبات عدم مخالفة هذا الشرط اولا حتى تستعمله هذه الرواية وتندرج تحته
واقول فيه نظر لان الذي خص به عموم هذا النص هو الشرط الذي علم كونه مخالفا
فبقي الشرط الذي لم يعلم فساده باعتبار المخالفة لهما مندرجا تحت هذا العموم فلا يحتاج في
تصحيحه الى اثبات عدم مخالفته بل يكفي فيه عدم العلم بالفساد وخيار الشرط في البيع كذلك ايضا
لانه لم يعلم بدليل انه مخالف لمقتضى البيع فيشمله عموم هذه الرواية فلا اشكال في الاستدلال لهم

ولا مجال لجريان اصل البرائة في اصل الخيار في البيع حتى يستدل على اثبات جواز اشتراطه
فيه بهذه الرواية لان مقتضى البيع اللزوم وهو اي اصل البرائة عن العدم والبطلان
خلاف مقتضى العقد وذلك واضح لان مقتضى اصل البرائة واصالة الصحة والجواز
ليس اللزوم بل محض جواز الفعل سواء كان الترك لازما ام لا غفيع انه لا دلالة له عليه اصلا
اقول وفيه نظر واضح لان البيع وان اقتضى اللزوم لكن اصل البرائة يقتضي جواز الشرط
ولا منافات بين لزوم الانتقال الحاصل بالبيع وبين جواز اشتراط شيء في ضمنه
لانه لا يمنع عن تحقق مقتضى البيع في الخارج غاية الامر صيرورة التحقق المذكور مشروطا
بشرط فعند حصوله اللزوم بالبيع وعند عدمه لا يحصل لزوم وغيره وكون مقتضى البيع
اطلاق التصرف انما هو فيما اذا لم يشترط بشرط والا فيترتب عليه اطلاق التصرف
بعد حصول الشرط هذا كله ان ارجعنا الضمير في قوله فهو الى اصل العدم كما هو الظاهر لكن
الاصح ارجاعه الى الشرط الخيار لانه ينافي بحسب الظاهر لزوم البيع لان الخيار يجعله في
زمان الخيار مراعى ومتزلزلا و يرد عليه ح ان كون مقتضى البيع اللزوم ان اريد انه مقتضيه في
جميع الازمان لم يشترط فيه شرط فلا يدل على بطلان الشرط وان اريد انه مقتضيه
حتى مع الاشتراط فينبه ان الشرط الخياري لا ينافي لزومه لان اللزوم يترتب عليه فيما لان
تحقق الشرط في الخارج نعم لا بد في ترتبه عليه عند اطلاقه ولا يوجب ترتبه عليه ايضا عند
جعل العقد مشروطا فالمراد في المنافات المذكورة ان كان بعد حصول الشرط فساده بين
ووجه منعه واضح وان كان قبله وحين الفراغ في اخر اجزاء الصيغة فيمنع المنافات ح
لان ذلك عند الاطلاق لا مع الشرط ايضا ولو فتحنا باب هذا الاشكال لانسد جميع
طرق صحة الشرائط التي حكموا بصحتها لجريان هذا الوجه في الجميع كما لا يخفى واللازم باطل جزما
وبما حققناه يظهر ضعف قوله سيما يكون منافات الشرط المذكور لمقتضى العقد واضحا هذا
مع ما لا يخفى مثل قوله ع البيعان بالخيار حتى يفترقا في فسخ البيع وامضائه ما لم يفترقا عن
مجلس انعقاد البيع فيه واجراء صيغته فان هذا يدل على ان العقد متزلزل غير موجب للزوم
المترتب عليه ما دام المتبايعان باقيين في المجلس وذلك لما كان منافيا لمقتضى البيع
في اللزوم فلا يتم الاستدلال اصلا لان اللزوم يترتب عليه بعد الافتراق ولا دليل
على وجوب ترتب اللزوم عليه في جميع الازمان والاحوال حتى ينافيه الشرط المذكور

المذكور ويمكن دفعه بان اللزوم من الاحكام اللاحقة به لا من مقتضياته بالمعنى الذي
سبق وهو كونه المقصود اما ركن العقد ونفسه مثل كون البيع مقتضيا لانتقال الثمن الى البائع
والمثمن الى المشتري فان هذين الانتقالين نفس البيع ولذلك فسره بعضهم بهما او غرضه
الاصلي الذاتي مثل الانتفاع بالثمن والمثمن والذي دل على ان الشرط المنافي لمقتضى العقد
باطل انما دل على ان الشرط المخالف اما لنفس العقد او لغرضه الاصلي ومعلوله الذاتي واللزوم
من لواحقه لا من مقتضياته فلا يكون منافيا لمقتضى البيع فلا يتجه القول ببطلانه من جهة المنافات
واقول فيه تامل لانا لا نسلم كون اللزوم من لواحقه بل هو من لوازمه ومقتضى العقد ليس منحصرا
فيما ذكر في القسمين كلاهما الغالب ولا ينافيان وجود الغير و يجوز ان يتقيد لوازم الشيء كما
يجوز قلت ما هذا الجواب لا يدفع الاشكال لانه في حيز المنع بل ربما يتبادر من البيع اللزوم
فحينئذ الاشكال في تقاوم حديث الشرط للدليل اللزوم اقول اذا جعلنا اللزوم من لواحق
عقد البيع فلا يتوجه الاشكال لتقدم ادلة الشرط على ادلة اللزوم لان الشرط يجري
في جميع العقود والمعاملات بخلاف اللزوم فانه يختص ببعضها وح يخصص ادلة العام بادلة
الخاص لانه طريق الجمع بين الدليلين مع عدم المنافات وكيف كان اللزوم بالنسبة الى
البيع فادلته اخص من ادلة الشرط مع ان دليل اللزوم مخصص عمومه بما اذا لم يشترط
في العقد الموجب للزوم المعقود عليه خلاف اللزوم الاطلاقي كما قلنا انفا وحققناه
فهذا الاشكال مندفع ايضا غير متجه فالاولى الاعتماد في الاستدلال بالاحاديث الخاصة
الواردة عن الائمة وطرقهم في بيان صحة خيار الشرط والاجماع المنقول عن بعض الاعاظم
وجعل العام مؤيدا او دليلا معتضدا اطلاقه وعمومه بالخصوصيات والعمل الذي ذهب اليه
الاصحاب وعملهم حجة لان هذا اجماع سكوتي وهذا الاجماع ايضا حجة كالاجماع اللفظي
اقول استدلال الاصحاب بعموم ادلة الشرط على صحة شرط الخيار في البيع لعله مع الغض عن
ملاحظة تلك الاخبار الخاصة والاجماعات المستفيضة كما سبق نظيره في قوله هذا وجعلنا
المعتبر الخ وفائدته الاشارة الى ان هذا مندرج تحت العموم المذكور كما انه منصوص عليه في
النصوص الخاصة ولا ان مجرد عدم العلم بالفساد كاف في اندراجه في عموم الصحة
وكلام المصنف ره في اول بيان الاشكال الى هنا في غاية الاضطراب كما لا يخفى

كحيلي ٣

نظر جواز تعدد النكاح ٥

لبطلان ٣

البحث الثالث من المباحث المذكورة في تلك الرسالة الشرطية اذا شرط في ضمن العقد اللازم
او الجائز ما خالف الشرع بمعنى ان الشرط فيه ما علم كونه مخالفا له باعتبار كونه موافقا للكتاب والسنة
سواء كان المخالفة بسبب منافاته لمقتضى العقد الذي تضمنه ووقع في ضمنه او كونه معصية او نحو هما
من ساير وجوه مخالفة الشرع فلا ريب في بطلان الشرط فانه اجماعي واما الذي لم يعلم فساده
فقد حققنا انه مندرج تحت الشرط الكلي الصحيح وان خالفنا الماتن فيه والمتبادر من قوله ما خالف ما علم
كونه مخالفا واما العقد ففي بطلانه ايضا بسبب بطلان الشرط الماخوذ في ضمنه قولان اصحهما
البطلان لنا على بطلان العقد ايضا ان العقود تابعة للقصود فان كانت المقصود صحيحة في
الشرع فالتي يوافقها العقود ايضا فيصير صحيحة ويترتب عليها اثارها واحكامها الشرعية او
يخالفها فيصير باطلة فلا يترتب عليها اثارها لان تلك العقود كلا عقود ونظر الشارع فانها
لم يوجد في الخارج شيء منها اصلا واثارها مسبباتها ومعلولاتها وانتفاء السبب والعلة يستلزم
انتفاء المسبب والمعلول والمقصود بمعنى وما يقصد في العقد الذي اشترط في ضمنه شرطا هو
العقد مع الشرط لا منفردا عن الشرط بمعنى كونه بشرط لا بمعنى لا مع الشرط ولا لا بشرط
بمعنى كون المقصود نفس العقد سواء حصل الشرط في الخارج ام لا فوجوده وعدمه سيان بالنظر الى
العقد لانه لو كان المقصود العقد منفردا لكان الشرط في ضمنه لغوا ولو كان مع الماهية المطلقة لا بشرط
لما ترتب على وجوده ثمرة وح يلزم كونه لغوا واذا بطل الشرط فيبطل المقصود لانتفاء الكل بانتفاء
الجزء واقول فيه نظر لان المتبادر من العقد هو الذي اوجب الانتقال من الايجاب والقبول
ولا يتبادر منه المجموع المركب منه ومن الشرط وح فالمقصود هو العقد الذي يجب مطابقته للمقصد
حتى يصير صحيحا في الشرع والعاقد المشترط قيده بالشرط والقيد خارج عن المقيد وماهيته
وانتفاء الخارج والقيد لا يوجب انتفاء المقيد الذاتي ولا بطلانه بطلانه لما تم المقصود
او لو ركبته من الشرط والعقد لان البسيط اقدم من المركب وكون الشرط جزءا من المقصود
باصالة العدم مع انك قد عرفت فساد جزئية الشرط للعقد بمعناه المتداول بين ارباب
العلوم العقلية حتى ينتفي العقد بانتفائه مضافا الى انه ليس بينهما لزوم ايضا حتى يقتضي بطلان
اللازم بطلان الملزوم ولا بالعكس ايضا ليبطل احد المتلازمين ببطلان الاخر وفساد الكل
لا يكفي في فساد الجزء عن العقد وحده وفيه نظر لان وجود الكل فرع وجود اجزائه فكان
الكل مقصود فكذلك الجزء ايضا لان تغاير قصد كل منهما لقصد الاخر اعتباري ولذلك تريهم
يقولون التغاير بين الدلالة الالتزامية والمطابقية اعتباري والاولى في ضمن الثانية وهذا ظ

ظاهر فاذا لم يكن الجزء مقصودا منفردا فلم يحصل له حكم وبهذا يتضح للدليل السابق وبطلانه
يستلزم عدمها سلمنا الجزئية لكن انتفاء الجزء يوجب انتفاء الكل انتفاؤه في الخارج لا
مطلقا واذا كان الكل والجزء خارجيا لا مطلق الكل والجزء حتى الذهنيان منهما
سلمنا ان انتفاء مطلق الجزء يوجب انتفاء مطلق الكل لكن بطلانه قد لا يوجب بطلانه لان
الحكم من عوارض الكل وبطلان حكم الجزء لانه عارضه لا يوجب بطلان الجزء الاخر سلمنا الجميع
لكن الحكم الشرعي من عوارض الموضوع ولو كان من اعراضه اللازمة فلعل الشارع لم يجعل بطلان
حكم الجزء سببا لبطلان حكم الجزء الاخر ايضا ومن جعل انتفاؤه سببا لانتفائه ثم نختار ان
المقصود هو العقد لا بشرط شيء ونقول الشرط قيد للماهية الكلية وانتفائه او بطلان حكمه
لا يقتضي عدم ترتب اثر الماهية عليها لانها توجد في الخارج بعينها في ضمن نوع من انواع الظهور
لا يقال بطلان العقد بسبب عدم وجود الشرط في الخارج كما عليه جماعة من الاصحاب نافع
كما المقصود نفس الماهية المعقود عليها لانا نقول مع ان جماعة من العلماء الى ان المشترط له
له الفسخ والامضاء اذا لم يوجد الشرط في الخارج ان بطلانه ح بسبب امر اخر لا بسبب عدم وجود
الجزء وتحققه وبه يتحقق وجود الكل مثل كون المعقود عليه الماهية من حيث الشرط الذي التزم والتزم به
في العقد فليتامل جدا فان قيل اذا كان العقد لازما فيصير الشرط لازما حسبما قلت فيقتضي
لزومه يسري الى الشرط وبالعكس لازما ايضا واذا كان لازما فبطلان اللازم يوجب بطلان الملزوم
او بطلان احد المتلازمين يستلزم بطلان الاخر ايضا وبضميمة عدم القول بالفصل بين الشرط
اللازم والجائز يثبت ان بطلان كل شرط يوجب بطلان العقد فيتم ما ادعاه المصنف
فاقول المراد بلزوم العقد والشرط انه لا يجوز لاحد من المتعاقدين فسخهما ولا يسعه ابطالهما الا
مع رضاء الاخر بذلك ايضا وليس المراد من لزومهما ان وجود كل منهما يوجب وجود الاخر ايضا
والذي يجدي المصنف هو المعنى الثاني لا الاول وذلك واضح جدا فان قيل الصحة والبطلان من
الاحكام الشرعية الوضعية والاحكام الشرعية مط توقيفيات واذا بطل الشرط فصحة
العقد ح مشكوكة والاصل عدم الصحة فاقول قد جعل الشارع العقد سببا تاما لترتب الاثر الشرعي
عليه وقد حصل هنا ايضا ولم يثبت ان بطلان الشرط يوجب عدم تاثيره في اثره الشرعي فالاصل
بقاء العقد على الاصل من الصحة والسببية واصالة عدم الصحة مدفوعة بانها لا تجري فيما علم صحة نوع
شيء متصف بالصحة ولم يعلم فساد فرد من افراده ومخالفة الفرد للنوع وحكمه مدفوعة باصالة العدم
مع ان الاثر في العقود الفقهية حكمهم بصحة العقود التي شرطت فيها الشروط الفاسدة مع عدم ظهور
كون عدم ذلك خارجا عن البطلان بسبب تحقق الاجماع على صحتها او ورود نص في الخصوص عليها

ولا بأس ولا حرج علينا ان نطلق عنان القلم في ذكر بعض ما يوضح هذه القاعدة

والاحكام

اعني قاعدة العقود تابع للقصود وبعض ما يتفرع عليها من المسائل الفقهية الشرعية مثل بطلان العقد ببطلان الشرط ومثل انه لو قال احد بعتك هذا الدار واراد بالبيع هبتها او اجارتها هل يصح ذلك ويصير هبة او اجارة ام يبطل من الراس ومثل انه لو قال اشتريت منك هذا الثوب بهذا الدرهم او انت طالق هل يحصل طلاق وشراء ان لم ينو كلا منهما واراد من الشراء الاستيجار ومن الطلاق الاخبار عن انه يطلقها بعد ذلك فهل يحصل اجارة ام يبطل ونحو ذلك فنقول ان الاصل بمقتضى القاعدة هو الراجح ويحتمل الظاهر ايضا ولا يصح ارادة الدليل منه لان الاصل المذكور ليس دليلا حقيقة ولذلك لو وجد دليل في الادلة الشرعية فيبطل مقتضاه دلالة ومن ثم الدليل الناطق مقدم على الاصل المقرر بالاتفاق من العاملين به فالاصل عدم جميع الاحكام الشرعية حتى تثبت من الشارع طلبية كانت الاحكام اعني الواجب والحرام والمندوب والمكروه فان الاول لطلب الفعل بطريق الحتم والالزام والثالث لطلبه لا بطريق الحتم والمنع عن النقيض بل رجحان الفعل على الترك والحرام لطلب الترك مع الحتم فيه والمكروه له لكن لا معه او تخييرية وهي المباحات الشرعية كاكل البطيخ وليس فيها تكليف لانه في المشقة الحاصلة بالفعل والترك شرط وليست فيها مشقة اصلا بل راحة محضة او وضعية وهي التي حكم فيها الشارع بسببية شيء او شرطيته له او مانعيته عنه وغير ذلك وفي كونها حكما او في عدادها خلاف مشهور وانما كان الاصل فيها العدم لانها من الممكنات والاصل في كل ممكن عدمه لان الاعدام ازلية وقديمة ولا يمكن الانصراف عن مقتضى ذلك الا بعد وجود صارف معتبر وناقل شرعي كما حققه

ليطلب

في موضع اخر ولا بد بيان انتقال مال البائع الى المشتري مثلا وبالعكس بمعنى انتقال

لكن الاصح الا

احكام مخروته

عند مال المشتري الى البائع بحيث يصير المبيع المثمن ملكا للمشتري والثمن ملكا للبائع يحتاج لكونها

اهل الكشف

في الممكنات وكل ممكن محتاج في الوجود ورجحانه على العدم الباقي الى ناقل شرعي كالبيع مثلا

الاول

او صلح كل منهما ماله بالاخر او هبته به لان ابقاء ملك كل احد على ملكه والانتقال عن يده الى يد الاخر خلاف الاصل ولا يصح ارتكابه الا بدليل وصارف معتبر في الشرع ونظر الشارع والبيع في عرف المتشرعة والفقهاء عبارة عن انشاء نقل البائع ملكه الى المشتري له

له وعبارة ايضا عن انشاء المشتري قبوله اياه بعوض معلوم حين الانشاء والقبول له اذ لو انشاء القبول بلا عوض لما كان هذا بيعا بل هبة او صلحا او انشاء قبوله بعوض غير معلوم لهما لكان بيعا غررا وهو باطل اجماعا ولو كان العوض معلوما للمشتري دون البائع فكذلك ايضا بل وامثاله العكس لكونهما ايضا غررا والجهل باحد العوضين او كليهما مما يوجب بطلان البيع وفساده

ولما كان الاصل بمقتضى القاعدة وهي هو بقاء الممكن على عدمه الاصلي لان الاصل عدم انتقال مال كل منهما الى الاخر لانه من الممكنات وكل ممكن يحتاج في الوجود الخارجي والخروج عن العدم الاصلي الى العلة

اليه

حتى يثبت انشاء النقل المذكور فيه فيحتاج ثبوته الى الانشاء المذكور لان الشارع جعله ناقلا لملك كل من المتبايعين الى الاخر فلا يحل الا به ولا يجوز لكل منهما التصرف في مال صاحبه الا بوجه شرعي للاجماع على حرمة التصرف في مال الغير بدونه وليس الوجه المحلل للتصرف المخصوص الا الانشاء المذكور ولكن ليس هذا الانشاء على اطلاقه لوجود العقود الفاسدة التي لا يترتب عليها اثارها الشرعية بل الانشاء الذي احدثه الشارع للنقل وجعله سببا تاما وعلة لحصوله وهو الذي يكون من افعال القلب ومع كونه من افعال القلب انه تابع للقصد اليه اذ لو عقد شخص مع شخص بدون الرضا القلبي بان يقول المشتري اشتريت هذا الثوب منك بدرهم بعد ايجاب البايع ولم ينو الاشتراء فلا يجوز له التصرف في المبيع لانه لم يصر في نفس الامر ملكا له ومع علمه ببقائه على ملكية البايع ولا جاز للبايع التصرف في الثمن لم يظهر له البطلان والفساد فالعقد سبب في حصول النقل به لكن تاثيره فيه مشروط بالرضا القلبي والقصد لا حصول النقل به والمشروط يتوقف بانتفاء شرطه وان لم يلزم من وجوده وجوده لان وجود الشرايط احد اجزاء العلة التامة كارتفاع الموانع فلا يصح عقد الصبي والمجنون وان كان راضيا ولو تواطؤ قلبا بما عليه لان المانع الشرعي عن النفوذ قائم فيهما ولم يجعل الشارع نفس العقد من حيث هو عقد سببا لحصول النقل بل له اجزاء وشرايط لا يحصل ذلك الا بحصولها ايضا والحاصل بطلان العقد الذي لم يحصل فيه الرضا والتواطؤ القلبي الفاقد بين الاصحاب لم يظهر من احد منهم خلاف فيه

ولما كان خروج الملك عن حال المالك يحتمل خروجه بعنوان البت والجزم وذلك كما في العقود اللازمة كالبيع والصلح والاجارة والهبة مع العوض ونحو ذلك ولذلك يحتاج في عود المال الى مالكه السابق الى فسخ او اقالة او نحوه من العقود الجديدة حتى اختلف الاصحاب في ان الاقالة فسخ او بيع تاليون بخلاف الوكالة والوصاية فانه يجوز للموكل والموصي فسخهما بنفسهم ومن دون رضا

الموكل والوصي فيهم

ويعبّر عنه بان التزلزل والاختيار لاحد المتعاقدين او كليهما على فسخ العقد وذلك كما في بيع
الحيوان لازم ولوازمه الخيار له ثلثة ايام على امضائه وفسخه فما دام لم ينقض زمان الخيار
فالبيع مراعى ومتزلزل ولو بعد مضيه وعدم الفسخ بل مع الامضاء فيصير لازما لا ينفسخ
الا بالاقالة ونحوها وما كان الانتقال المذكور مطلقا مثل البيع والصلح والاجارة والهبة
بدون ذكر شرط في الشروط السائغة في ضمن اجراء عقودها وصيغها ومعلقا على شرط في الشروط
الضمنية لا بنحو التعليق على الشرط المحتمل وقوعه وعدمه بالمساواة او الوصف المقطوع احدهما
ونحو ذلك في اقسام العقود وكل ذلك من وجوه المالكية والاستحقاق للمعقود عليه مبيعا
كان المستحق والمملوك ام ثمنا ام غير ذلك كاستحقاق المنفعة او الانتفاع كما في الاجارة والنكاح
والجميع من الاحكام الشرعية والاصل في كل منها العدم وفي الممكنات التي يكون الاصل بقاؤها على
العدم الازلي فيحتاج في الوجود الخارجي الى علة موجبة وليس السبب الموجد الا العقود الصحيحة
فلابد ان يعلم المتعاقدان حين العقد واجراء الصيغة ان ما اوجده عن حكم اي هذه الشئون
والاعتبارات لان اجراء العقد على شيء بدون العلم بانه في اي قسم من تلك الاقسام يستلزم الجهل
بالمعقود عليه ولا يعلم حصول الرضاء على النقل وح يبطل العقد لان الاصل عدم تحقق النقل
والاصل عدم انقطاع انقطاع الملك عن يد مالكه انقطاعا راسا اي عن راس بحيث توجب
سلب سلطنته عليه من جميع الجهات لان الاصل بقاء الملك على المالكية وبقاء سلطنته عليه
على ما كانت عليه من عموما فعموما او خصوصا فخصوص وذلك البقاء مستمر وثابت حتى يعلم
انه قصد انشاء اخراجه عن الملك بتا وبدون تعليق لنفي المالكية وسلطنته عليه عنه على شيء
فان علم انه قصد انشاء اخراجه عن ملكه بطريق العموم والجزم او علم انه قصد انشاء اخراجه
عنه بطريق العموم لكن مع التعليق في ضمن العقد على شرط سائغ فهو المتبع والا ففي شك في
انه هل اراد الاول او الثاني فلا يصح التمسك بمجرد العقد ح لان الاصل بقاؤه على ملكه الاصلي
حتى يثبت به الناقل الشرعي الكائن على وجه خاص من النقل لانه كما يكون مطلقا يكون معلقا ولا دلالة
للعام على الخاص بوجه من الثلث مضافا الى حرمة التصرف في مال الغير بدون العلم بالقسم لوجه شرعي
والى الشك في حصول النقل ووقوعه وتحققه في الخارج هذا وذلك تابع للقصد الى اخراج
الملك عن يده بطريق الجزم والبت والاطلاق او بطريق الجزم لكن مع تعليقه في ضمن العقد
على شرط فان قصد الاول وطابقه العقد الملفوظ به المظهر لما اضمر في القلب فيصح والا
فيفسد لانه عقد ما لم يقصده وقصده ما لم يعقده فيصير باقيا على الاصل من عدم الصحة و

ولك نقول في الثاني فان قصده وطابقه صح والا فلا وهذا معنى قولهم العقود تابع للقصود
في الصحة والبطلان حسبما ذكرنا امثلته انفا ثم ان القصد الذي يكون العقد تابعا له ومطابقا
لما كان امرا باطنيا لا يمكن الاطلاع عليه لاحد الا لعلام الغيوب فجعل الشارع العقد كاشفا
عنه حتى انه لو ادعى احد المتعاقدين بعد العقد واجراء الصيغة انه لم يكن قاصدا له ولا راضيا
به مع عدم ما يدل على صدق ادعائه من القرائن والامارات كالمرض او الاكراه والاجبار عليه
لم يسمع منه دعواه على ما ذكره بعضهم لاداء سماعها الى بطلان جميع العقود الشرعية بمجرد وصول
ضرر الى احدهما المدعي لذلك بعد مضي يوم من العقد ويجب ان يكون القصد مطابقا للامور الصحيحة
شرعا فلو قصد الفاسد كالبيع الربوي وعقد عليه فلا يصح العقد المذكور لان القصود في
كانت عامة شاملة لكل مقصود من المقاصد لكن القطع بخروج المقاصد الفاسدة في الشرع
يخصصها بالقصود المعلوم صحتها اولها وبما لم يعلم فسادها وبطلانها في المقاصد وهذا
ولا يحصل بمجرد وجود القصد الى حصول نقل من الانتقالات نقل ولا انتقال فانه لا يكفي فيه
كما يوهمه لفظ التابع بناء على ان التابع لا وجود ولا تاثير له بالاستقلال بل لابد من مجموع العقد
والقصد على طبقه بل الناقل في الحقيقة هو العقد وهو السبب المؤثر في النقل والانتقال به لكن القصد
شرط كما حققناه انفا والمعتبر في نظر الشارع والواضع لاحكام المعاملات الوضعية وعللها
وفي صحتها الشرعية من ذلك القصد هو ما اطلع عليه المتعاقدان بحسب الظاهر من احوالهما
ومساومات العقد ولا يكفي في ذلك قصد احدهما من دون اطلاع الاخر بالامر الذي يورد
عليه العقد سواء كان غافلا عنه وجاهلا به بالجهل البسيط او ملتفتا اليه غير قاصد له
والظاهر ان الحكم الاول اجماعي فيلزمه الحكم الثاني ايضا باللزوم البين مع انك قد عرفت
ان العقد لابد فيه وجوبا من انشاء الايجاب وانشاء قبول وحصول كليهما موقوف على القصد
اليهما فمع عدم القصد لا يحصل الانشاء والناقل المعتبر عند الشارع فالاصل ح بقاء مال
في لم يعقد العقد على ملكه حتى يجد الناقل الشرعي فان احكام المعاملات وضعية لا بد فيها
من العلم بحصول الاسباب او الظن المعتبر المعلوم جواز الركون اليه في الاحكام الشرعية هذا
فالعقد الناقل مركب من ذينك الانشائين وكلاهما مشروط بالقصد وقد قصد احدهما دون
الاخر والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه والكل بانتفاء احد اجزائه فلا يكون قصد احد الانشائين
كافيا في حصول النقل به وما يقصد الاخر الغير المقصود من دفع ونحصل هو ايضا في الخارج
ولما كان كل عقد من العقود قابلا للاطلاق والتقييد بقيود مختلفة فما يحتمل وجوهها كثيرة ولهذا

لان كلام البايع الموجب والمشتري القابل اراد مطلق انتقال ماله وما في يده الى صاحبه
مع القصد اليه على طبق العقد ولا مخصص لهذا العموم بعض افراده ووجوه صلاحه
فلو كان الموجب قصد نحوا من انحاء النقل ولم يطلع عليه القابل لامتناع الاطلاع
لمضمرات القلوب ومكنونات الخواطر لغير علام الغيوب مع ان ظاهر الموجب اطلاق عنان العقد
وعدم تخصيصه وتقييده ببعض الانحاء والاصل ايضا عدم التخصيص مع عدم ذكره في العقد
فالعقد المشترك المنعقد بينهما هو مطلق العقد فيبنى على الاطلاق اقول وفيه نظر لان العقد
تابع للقصد والذي ورد عليه الايجاب والقبول غير مقصود للموجب وان كان القابل قاصدا له
لوجوب تطابق قصدهما ولا دليل على ان الاصل والركن في العقد قصد القابل حتى يوجب النفاذ
على الاطلاق بل كما ان الايجاب ينقل مال الموجب الى القابل كذلك القبول ينقل مال القابل الى الموجب
والاصل عدم النقلين حتى يثبت حصولهما بدليل معتبر والعجب من المصنف حيث حقق انفا ان مطابقة
العقد للقصد شرط في صحته فان العقد يشترط فيه قصد طرفيه وهنا قد خالف قصد احدهما
قصد الاخر لا يقال المراد انه لو قصد الموجب نحوا خاصا غير قادح في اطلاق العقد وحصول
النقل المطلق للقابل فيصح العقد لانا نقول هذا مبني على ان افراد فرد العام بالحكم لا يوجب
تخصيصه به كما عليه المحققون لكن نقول ان قصد الموجب جميع الانحاء وافرد بعضها ايضا فلا كلام
لانه الصحيح لكنه بعيد عن كلامه جدا وان قصد بعض الانحاء سواء كان ملتفتا الى البعض الاخر غير
قاصد له ام غافلا عنه بالمرة فلا خفاء في البطلان حينئذ لان المقصود غير المعقود عليه وهو غير
المقصود ولو جهة ان يقال اذا قصد نحوا خاصا من الانحاء المترتبة على العقد ولم يظهره للقابل
وعقدا على سبيل الاطلاق والعموم فيجوز للقابل التصرف فيما انتقل اليه على سبيل العموم في الظاهر
ولم يجز ذلك للموجب ان كان عالما بالبطلان بسبب قصد النحو المعين واراد العقد على الانحاء
فان الذي وقع عليه العقد وورد عليه الايجاب والقبول مطلق العقد في الظاهر وان لم يكن الامر
كذلك في نفس الامر لان الالفاظ كاشفة عن المقصود كشفا ظاهريا سواء طابقت المقصود النفس
الامرية ام المقصود النفس الامرية بحسب الظاهر هذا ومن هنا يعلم ان ما ذكره لو قصد الموجب نحوا
خاصا من الانحاء وقصد القابل جميعها الذي يبنى فيه على الاطلاق لما ذكرناه في التوجيه
والاولى ان يفرض الكلام فيما لو تعلق القصد ببعض الاحكام المترتبة على العقد دون البعض الاخر فانه لو قصد احدهما
البعض لعرفانه بانه لا يترتب عليه الجميع بل البعض وقصد الاخر الكل لظنه انه يترتب عليه
فيبنى فيه ايضا على الاطلاق في العقد والاثار وان كان عارفا بان العقد لا

الموجب

لا يترتب عليه جميع الاحكام لما ذكرته به لانه لا يكون قاصدا له ولا يجزي العقد نافذا في حاله
كما لو رضيت المرأة بعقد التمتع لظنها ان لها قسما كالمرأة المنكوحة بالنكاح الدائمي
ونفقة كالدائمة ولكنها لم تذكر ذلك حين العقد وقتها فقد انشأنا اذا كان ما به التمتع
لشيء قليل في مدة طويلة اقول ان كان على جواز نكاح التمتع الذي يكون حال المتمتع بها
ما ذكر وصحته نص او اجماع ونحوهما من الادلة الشرعية التي تدور ثبوت الاحكام
الشرعية مدار وجودها وعدمها ثبوتها مدار عدم وجودها فلا كلام لنا فيه لانه تعبد
يجب علينا الانقياد والا فلا وجه لصحة هذا العقد لان المرأة قد قصدت النكاح الخاص
اعني ما يترتب عليه القسمة والنفقة والمضاجعة ونحوها من الاحكام الزوجية ولذلك
رضيت بالعقد التمتع لا سيما على الوجه القليل في المهر في مدة طويلة والذي ورد عليه العقد
ليس كذلك وان كان الزوج لم يقصد ما قصدته المرأة لان الذي يصح به العقد هو قصد
المتعاقدين مع المطابقة ومقصود المرأة وحدهما قد خالف بدون التطابق فلا
يكون عقد التمتع صحيحا لا يقال العقد الشرعي قد حصل مع كون قصد الزوج مطابقا له ايضا
فلا يضر عدم قصد الزوجة ما قصده الزوج اعني ما يترتب على عقد التمتع لان ما قصدته
الزوجة لم يجعله الشارع سببا لهذا العقد بل لعقد الدوام وما قصده الزوج سبب عنده وله
لانا نقول لا يكفي رضاء الزوج وقصده في العقد الشرعي في تحقق المتعة والزوجية الانقطاعية
مع عدم قصد الزوجة ما قصده وما يترتب في الشرع على عقد التمتع لان مقصودها غير
ما وقع عليه عقد التمتع وما وقع عليه هذا العقد غير ما قصدته ولكن ما قصدته محال لفا
لمقتضى عقد النكاح المنقطع ولما رتبه الشارع عليه لا يستلزم صحة النكاح المذكور لان
المعتبر في حقيقة القصد اليه في كل من المتعاقدين والزوج غير قاصد للنفقة والقسمة
بسبب عدم ترتبهما عليه والزوجة قاصدة لها وغير قاصدة لما يترتب عليه شرعا من الاحكام
فان قيل المرأة والزوج قاصدان لما يترتب على عقد النكاح والمرأة قد قصدت ايضا ما
لا يترتب عليه كالنفقة بسبب جهلها بعدم الترتب عليه فما قصدته من الزيادة مدفوع
بكون العقد غير مقتض له فلا وجه للبطلان لانهما قاصدان لما يترتب عليه فاقول هذا انما
اما اولا فلان المرأة حين العقد ان كانت عارفة بان عقد التمتع لا يترتب عليه النفقة
لم ترض به فكذا فيما لم تكن عارفة به لانها غير قاصدة في الحقيقة بعد حصول الغرض لها بعدم
واما ثانيا فلان الاصل عدم تحقق الزوجية بينهما مع عدم قصدها بسبب الشك فيها

صحيحة كما يقتضيه في الشرع لان المقصود جميع معرف وهو عموم الافراد ان قصد اذا كانت له
اثار كثيرة فان قصد العاقد جميعها بالقصد الاصلي فيجب مطابقة العقد لجميع تلك المقصود التبعية
وان قصد بعضها المعين بالقصد الاولي الاصلي وقصد البعض الاخر بالقصد الثانوي العرضي فيجب
مطابقة العقد للبعض المقصود اصالة وبالذات سواء طابق المقصود الثانوية ايضا ام لا
ونحو ان يقول ان كان قصد الزوجة النفقة والوقاع قصدا اوليا فيجب مطابقة العقد الانقطاعي
له ايضا حتى يصح فان خالفه بطل لانه مخالف للمقصود الاصلي وان كانت المرأة قد قصد التمتع
بالقصد الاولي وقصدت النفقة ونحوها بالقصد الثانوي فالظاهر ان العقد صحيح لانه يصدق
على هذا العقد انه طابق القصد ووجد فيه الكلي الذي قلناه في وجوب مطابقة العقد للقصد عقلا
ووجوب مطابقته لكل قصد في المقصود حتى المقصود الثانوية البعيدة مدفوع بالحاجة عدم كونها شرطا
لصحة العقد اللهم الا ان يقال ان المقصود عام اصولي وحكمه الشمول للافراد الثانية والنادرة
ايضا بل الابدية ايضا عند بعض من الاصوليين ومن قبيل الحديث السابق على وجوب مطابقة العقد
لمطلق القصد ويمكن دفعه بان ذلك من خواص العموم اللغوي واما عموم الجمع المعرف فهو حكمي
لان لامه للجنس بناء على ان اللام حقيقة في الجنس مجاز في غيره والعموم الحكمي ينصرف عند الا
طلاق الى افراده الشائعة كالمطلقات فلا يكون المقصود شاملا للمقصود الثانوية ايضا
كما ذكرناه سابقا وبطلان العقد المذكور على اطلاقه غير متجه ايضا فالحق فيه التفصيل الا ان
يتم القول بالبطلان راسا والصحة عموما بعدم القول بالفصل بينهما على ما هو الظاهر من كلامه
والا اي وان كان ترتب جميع اثار العقد واحكامه ولواحقه عليه معتبرا في صحته ومناطا لها
فيلزم بطلان اكثر العقود الشرعية الجارية فيما بينهم المتفق على صحتها والتالي باطل بالاتفاق
فكذا المقدم واشار الى الملازمة بقوله فنقول بمثل ذلك في العقد الدائم فان الغالب
في الحال لا سيما اهل الرساتيق والبوادي انهم يعتقدون ان الزوجة يجب عليها خدمة
الزوج وتمشية اموره بل التكسب له ايضا وانه يجب عليها ارضاع ولدها ونحو ذلك مما نحن

العقد

الامورات ولا اجماع كما يظهر من الاكمال الذي على صحة عقد التمتع المذكور مع خلاف قصدها مقصدها
فالاجماع هو الفارق فلا يمكن بها معارضته ونقول ان قصد الزوج الناكح تلك الامورات بالقصد
الاولي الذاتي باعتقاد كونها من لوازم عقد النكاح الدائم سواء قصد معها الذي رتبه الشارع عليه
ام لم يقصده فيمكن التزام بطلان العقد وان كان بما لا يكون على صحته اجماع او نص معتبر وهما غير معلوم
ولكن الزوجات لو علمن الحق لا يستحقن من الجماع الا مرة في كل اربعة اشهر لان الزوج مختار على
وطي زوجته متى شاء الوطي لكن ليس للزوجة التسلط عليه في الوطي قبل مضي اربعة اشهر
لم يرد الزوج وطيها ح وليس للزوجة التسلط على الزوج من وطيها متى شاءته وارادته
ومن المضاجعة الا ليلة من اربع ليال دون الابد يعني انه لا تسلط لها على المضاجعة في ليلتين
لم يرد بها الزوج بل اراد الواحدة لكنه له التسلط عليها في المضاجعة في اكثر من ليلة واحدة ظاهرا
لا يرضين بالعقد سيما التشنيعة النجمية منهن بل وكان الامر يعني عدم الرضا على العقد ان علم العاقد
بنقص العقد في المعايب التي لا توجب الفسخ في الشرع كالبخر ونتن الاباط وسوء العشرة والجماع
والقرع والحول ونحو ذلك اذا كان بحيث لو علمن كل منهما بعض ذلك في الاخر لما رضي به او نحو
الى غير ذلك مما يظهر لهما بعد العقد بحيث لو كان ظهر له قبله لم يرض اقول وفي كلا النقضين نظر
لان القصد الذي يجب مطابقة العقد له ليصير صحيحا بالمطابقة وباطلا بالمخالفة هو القصد الذي
جوزه الشارع وجعل قصده في العقد معتبرا في صحته ومناطا فيها مع كون العاقد قاصدا له
الصاحبين ارادة اجراء الصيغة الشرعية على طبقه ايضا بسبب التواطؤ الكلي عليه واضافته
كما ان المرأة في عقد التمتع قصدت ايجاب النفقة والوقاع بهذا العقد ولو قصدت المرأة المضاجعة
والوقاع مما اوجب الله لها لكان هذا القصد غير صحيح في الشرع ومخالفة العقد له لا تضر بصحته
لا سيما اذا لم تكن حين العقد قاصدة للزيادة ولا متذكرة لها بل كانت قاصدة للاحكام التي له للزوجية شرعا

الفضل مع...

منع

ولهذا يستشكل في ذلك اي في الحكم بان عقد التمتع المذكور صحيح مع كون حال المرأة
ما ذكرناه بان رضاها بالعقد مبني على اعتقادها استحقاق النفقة وحق الوقاع عن
نحوها واذا كان مقتضى عقد التمتع والنكاح المنقطع خلاف ما قصدته فيشكل
الحكم بالصحة اي بصحة هذا العقد لانه تابع للقصد ويجب مطابقته لما قصده كل من
المتعاقدين بحيث لو اتفق مقصودهما مع العقد وههنا قد خالف قصد الزوجة العقد
وقصد الزوج جميعا وانتفاء المتبوع والشرط يقتضي انتفاء التابع والمشروط به
جزما لا اتفاقا القصد الذي يجب مطابقة العقد له ومطابقته له ايضا هو القصد الشرعي
لا مطلق القصد حتى الفاسد منه لضرورة خروجه عن عموم العقود تابع للقصود كما قلته سابقا
وما قصدته ليس قصدا صحيحا في الشرع ولا معتبرا في نظر الشارع فلا يقدح مخالفته للعقد ولا
مخالفة مقتضى العقد له في العقد ولا يؤثر في بطلانه لانه لو كان صحيحا كان كل منهما
للاخر قادحا ومؤثرا في بطلانه لانا نقول منع الحديث في العقود يجب مطابقتها للقصود
الصحيحة الشرعية بناء على خروج المقاصد الفاسدة بهذا التخصيص القطعي ولا يدل
هذا على انه لو قصد احد المتعاقدين في العقد قصدان احدهما صحيح والاخر فاسد
يكون العقد صحيحا لان مقصوده ليس كل واحد من القصدين على طريقة العموم الافرادي او البدلي
بل على طريقة العموم المجموعي والجمعي وبانتفاء احد جزئيه ينتفي هو ايضا وذلك واضح جدا
ثم ان الاشكال المذكور جار في جميع الاحوال وليس مختصا بما اذا كان الزوج بخيلا بانفا
قها ومتسامحا في وطيها بل هذا كله وان عرفت الزوجة من حال الزوج انه لا يضايق
عن النفقة و[illegible] للوقاع مثل زوجته الدائمية لان بطلان العقد المذكور بسبب عدم
قصده ليس لان الزوج قد لا ينفقها ولا يواقعها مع ان الرضاء في الزوجة مبني عليها
حتى يقال ان هذا العقد مع هذه الحالة صحيح لان انفقها الزوج ووقاعها بسبب حصول هلا
ح هذا العقد مطابقا لقصدها كما انه مطابق لقصده بل بطلانه بسبب ان صحة النكاح
من الاحكام الشرعية الوضعية والاصل في مطلق الاحكام الشرعية عدمها حتى يعلم وجودها
وثبوت الصحة فيما نحن فيه مشكوك والاصل يدفعها ايضا مع ما عرفت ايضا
في الرد على المصنف ره في الموضعين الا ان تكون الزوجة المذكورة غنية عن نفقته

عن نفقته لا اهتمام لها في اخذ النفقة من الزوج مثلا او كانت غير راغبة كثيرا الى الوقاع بها
اقول ظاهر هذا الاستثناء انه مستثنى من الاشكال ووجهه ان بطلان عقد التمتع بسبب كونها
قاصدة للوقاع والنفقة وهو قاصد لعدمهما لعدم ترتبهما على نكاح التمتع لكنك قد عرفت ان
بطلان العقد المذكور ليس لهذا الوجه بل ما عرفته انفا ويمكن ان يتكلف في توجيهه بان يقال ان
بطلان النكاح المذكور بسبب مخالفة القصدين اللذين يجب موافقة العقد لهما جميعا وههنا
قصد الزوج مطابق له دون قصد الزوجة وليس بطلانه عدم الاتفاق وترك الوطي لا سيما فيما اذا
كانت غنية وداخلا كلمة الا على الغير وان كان بعيدا لما كان فيه حزازة ح كما لا يخفى ويمكن
دفعه بان هذا الاشكال ان كان مبنيا على هذه القاعدة اعني كون العقود تابعا للقصود وهي اي
القصود التي تتبعها العقود ما قصد تدريجيا فيما نحن بصدده ونوجهها اي لاجله وقصد حصوله
حال كونها مستحقة للنفقة وغيرها مما هو من لوازم عقد النكاح الدائم ولا يترتب على النكاح الانقطاعي
ولم تقصد المرأة حين العقد غير ذلك الذي ذكر في الفقه والوقاع وغيرهما من الاحكام فلا يصح
العقد لانه غير مقصود للزوج لانه قصد ما يترتب على نكاح التمتع ففيه ان ظاهر المراد من القاعدة
والذي يفيده الدليل الشرعي الدال على ان القصد معتبر في كل عقد من العقود مطلقا ومدخليته في صحته
هو ان العقد اذا امكن حصوله على شئون مختلفة من الاطلاق والتقييدات المختلفة الحاصلة بالشروط
والتحديدات وغيرها فالعقد تابع للقصد اعني ان الماهية المطلقة يحكم بحصولها في ضمن ما قصد من
افرادها واقسامها لا ان كل ما يترتب على العقد من الاثار والثمرات الشارعية والاحكام الاجتهادية
لا بد ان يعلمها ويقصدها في العقد ومع عدم اعتقادها وقصد القصد اليها لا يصح العقد اقول توضيح
الجواب ان العقد اما مطلق او مقيد بقيود مختلفة وشروط متكثرة فوجوب مطابقة القصد يمنع قصد العاقد
الماهية المطلقة فيصح العقد والا فيبطل لان ما اورد عليه العقد غير ما قصده وما قصده غير ما اعتقده
واما على الثاني فاما ان يقصد العاقد جميع اثار العقد ولواحقه ولوازمه واحكامه على نحو قصده
جميع وجوهات الاختلاف او يقصد بعضا معينا منها فعلى الاخير لا ريب في صحة العقد ان قصد هذا
البعض ايضا لان الماهية المطلقة وهي العقد التابع للقصد وفي بطلانه ان لم يقصده ووجهه ظاهر
واما على الاول فالذي يظهر منه ره ان مخالفة العقد لجميع المقصود غير قادح في صحته ولا مؤثر في بطلانه
اذا ترتب عليه بعض ثمراته واثاره لانه يصدق ان قصد البعض وطابقه العقد ايضا لان العقد تابع
للقصد ووجوب مطابقة العقد للمقصود امر كلي فاذا وجد في فرد من افراد العقد الشرعي صح
والا فلا يصح لو نجوت مطابقته له لان عدم الرضاء بالعقد وعدم القصد اليه مبطل له

واما مع غناها عنها ذكره وعدم رغبتها الى الوطي فلا اشكال ح

وعلى الاول

ترتب

اصلا بل صحة العقد اظهر اذ لم تقصد ذلك حين العقد بل قصدت ان كان الزوجية ولوازمها
فان قيل قصد المراة المتمتع بها في عقد التمتع ترتب النفقة والوقاع عليه قصد لما
في الشرع مخالفة العقد المذكور له لا تصير سببا في بطلانه قلت لما علمت المراة في
عقد النكاح الدائم يترتب هذان الامران عليه فظنت انهما يترتبان ايضا على عقد
النكاح المنقطع فجعلتهما من المقاصد الاصلية الاولية اللازمة للعقد المذكور كما رتبهما عليه الشارع
في زعمها ان هذا العقد المنقطع مشارك للدائم في ترتبهما عليه ولا يجري هذا الوجه في نقل
المضاجعة وبحر الفم ونتن الابط اذ لم تعلم المراة بوجه شرعي ان لها الخيار والسلطنة على
الزيادة على الليلة الواحدة في المضاجعة وعلى المرة الواحدة في الوقاع حتى تقصد الزيادتين
بوجه شرعي
ولم تعلم ايضا انه يجوز لها قصد ان لا يكون الزوج متصفا بتلك الصفات التي لا توجب فسخ
النكاح فظهر بذلك الفرق بين ما ذكره ره في النقض بتلك الامثلة وبين ما ورد عليه الاشكال
مع ان ظهور هذه المعايب للمراة بعد حصول العقد ومضي مدة عنه لا يستلزم صدق مخالفة العقد
للقصد فان صدق ذلك انما هو اذا قصدتها حين ارادة جريان العقد وذلك خلاف ما ذكره ره في
هذه الامثلة لان قوله مما يظهر لها بعد العقد صريح في الاول وقوله سابقا في مسئلة عقد التمتع وظنها
في زعمهما والعقد كالائمة صريح في انه من الثاني فهذه المعارضة غير منطبقة بالاشكال اصلا
ولم يتامل في جميع ما ذكر من صحة العقد المذكورة مع مخالفتها لتلك المقصود احد من العلماء
وذلك منهم اجماع وهو حجة قوية ولم ينقل احد من الفقهاء ان العقد تابع للقصد وقصده انما
كان التمتع بها على حالة تعتقد حصولها فيها لا على حالة اخرى قلت اقول لا نسلم ان ذلك اجماع
حقيقة بل هو في حكم الاجماع السكوتي ولا حجة فيه عند الاصحاب سلمنا انه اجماع في الحقيقة
لكن نقول عدم تامل احد منهم في الصحة بسبب ما ذكرناه انفا من الفرق بين عقد التمتع وقصدها فيه
عدم
وبين قصدها بخر الفم ونتن الابط والزيادة على المضجعة والوقاع على القدر الواجب الشرعي
ولذلك استشكلوا في الاول دون غيره وهذا واضح جدا مع انا نقول لها رضيت قلبا بما وصل
اليها من الدين او المذهب بالفرقة من حل النكاح او التمتع اقول هذا انما يصح اذا قصدت المراة
المتمتع بها المقصود الاصلية اللازمة لعقد التمتع وقصدها بالقصد الثانوي العرضي ترتب النفقة وكونها

كما وصل اليها في الدين او المذهب على الاعم في الدين وصل ان الشرع في نفس الامر وفي زعمها
وح لا ينفع المصنف اصلا والتقصير من قبلها حيث لم تفتش عن تفاصيل احكامها ولم تستفصل
والجاهل ليس بمعذور سيما في الاحكام الوضعية ومراده ره ان الجاهل لا يعذر فيها حتى يوجب العذر والجهل
عدم الصحة وبطلان النكاح المنقطع لان تكليفها كان التفتيش عن احكام عقد التمتع
ولم تستفصل عنها فيصح العقد وفيه تامل لان كون الاستفصال عنها تكليفا شرعيا لها
انما يسلم اذا كانت عالمة بانه يجب عليها ان تستفصل عن احكام العقد المذكور واهملتها
ذلك ايضا وتركته تهاونا واما اذا لم تعلم وتوقف ذلك بان كانت جاهلة بوجوب استفصالها
بالجهل البسيط او غير متذكرة للوجوب حين العقد فهي ح ليست مقصرة بل قاصرة ح وتحميل
تكليف ما لا يطاق وتكليف الجاهل او الغافل فهي معذورة فلا نحكم العقد بالبطلان نعم ان كانت
عالمة بوجوب التفتيش عنها ولم تفتش ولم تستفصل تهاونا وتوانيا فيه فيمكن ان يقال ح
بسبب عدم معذوريتها ان العقد صحيح وان لم يطابق ما قصدته لانها ان كانت قد استفصلت
عدم
فلم تكن تقصد حين العقد ترتب النفقة وبحوها على عقد التمتع لكن نقول ان صحته بسبب المقصود
بكون بطلانه
الموجب للمعذورية في الا للمقصر الموجب لعدمها لان اغلب النسوان لا يعلمون ان تكليفهن التفصيل
الحاصل في ملاحظة العلية
والظن يلحق الشيء المشكوك فيه بالاعم الاغلب فيه فان رضاء باصل هذا العقد رضي بانا
حكامها وتوابعها بالضرورة لعدم انفكاك اللوازم عن ملزوماتها ولا يجب في ذلك التحقق
السعود باللوازم اقول اذا رضي العاقد بلوازم العقد التي جعلها الشارع لوازم العقد فالرضاء
بالعقد رضاء بلوازمه ولواحقه ولا كلام في ذلك واما اذا رضي باصل العقد مع قصد عاقد
اشياء اخر غير لازمة للعقد في الشرع فرضى العاقد بهذا العقد ان كان مستلزما لرضيه بلوازمه الشرعية
لكنه لا يستلزم صحة العقد لان رضيه باصل العقد مبتن على رضيه باللوازم واللواحق الشرعية
وبالمقصود الاخر التي قصدها العاقد وجعلها العاقد لاحقة له ولازمة له والذي يستلزم الصحة
عدم
هو الرضي بجميع اللواحق واللوازم سواء كانت شرعية ام لا ولكن الرضي باللواحق الاصلية الشرعية
مستلزما لصحة العقد مع حصول اللواحق الاخر الغير الشرعية اول الكلام والبحث

فيندرج ان الغبن ان سلم ثبوته في غير البيع كما هو الاظهر لان الذي اوجب حرمة الغبن
وبطلان المعاملة المغبون فيها هو اضرار المغبون مع انه لا ضرر ولا اضرار في الاسلام
فكل معاملة توجب ضرر احد طرفيها او متعاقديها فهو باطل لان الاضرار حرام فموجبه باطل
فانما نسلم تحققه ووجود مصداقه في المعاملات فقط دون غيرها وهي مثل الصلح والاجارة
والمزارعة ونحوها من المعاملات العقودية دون النكاح فانه ليس من المعاملات فلا
يجري فيه الغبن الموجب لبطلانه وانما لا يكون منها فانه كما عرفت سابقا ملحق بضروب العبادات
ولا يجري الغبن فيها اتفاقا فلا يصح جعل مبنى الاشكال وجود الغبن في عقد التمتع المذكور
فهو مندفع عن اصله اقول وفيه ما فيه اما اولا فلما قلنا من ان النكاح ليس من الملحقات
بالعبادات الحاقا شرعيا بل الحاقه بها في اصطلاح الفقهاء فلا يدل على انه ليس من المعاملات
حتى لا يجري فيه الغبن لانه في الحقيقة معاملة وكونه ملحقا بانواع العبادات وادخاله فيها امر اعتباري
ولذلك ذكر الفقهاء احكامه في المعاملات ولم يذكروه في العبادات كالطهارة والصلوة والزكوة
والخمس والحج والجهاد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر ولو كان من العبادات حقيقة لما ذكروه
الا في عقيب تلك المسائل السبعة والكتب العبادية واما ثانيا فلان الاصوليين حملوا في
تشبيه شيء بشيء والحاقه به على استلزام شركة المشبه والملحق المشبه به والملحق به في جميع الاحكام
او في القدر الشايع منها او انه مجمل كالمشترك اللفظي عند التجرد عن قرينة معينة فالمصنف ره
في قوانينه لا الوسط بل هو الاوسط المختار عند المحققين منهم ولكن النكاح ملحقا بالعبادات دون
سلمنا انه ملحق بها عند الشارع لا يستلزم عدم جريان لوازم الغبن فيه لان عدم جريان الغبن
في العبادات ليس الا من احكامها النادرة الغير الدائرة بل اختلف جميع الكل غير المجتهدين
منهم لما وجدت فيهم عالما لعدم جريان الغبن في العبادات ولا ملتفتا ذهنه اليه اصلا بل جاهلا به
بالجهل البسيط وذلك يدل على انه من احكامها النادرة جدا واما ثالثا فلانه يجوز ان يكون
[illegible]

فقط فهو من باب التشبيه والتجوز بل اشكال وحملت تلك الاخبار محمولة على حقيقتها كما لا يخفى او ان
المجاز وان كان خلاف الاصل ومرجوحا بالنسبة الى الحقيقة لكن قوله ره ولذلك لا يصح العقد فيها
بلفظ الاجارة يدل على ان اطلاق المستاجرات على المتمتعات بالنكاح المنقطع مجاز لا حقيقة اذ لو
كان ذلك من باب الحقيقة ولو شرعية لصح التمتع بلفظ الاجارة كما يصح بلفظ متعتك او انكحتك
لان صحة الاطلاق من لوازم الحقيقة مبنية مضافا الى كونه حقيقة توجب الاشتراك اللفظي في لفظ
الاجارة لانها حقيقة في الاجارة بالمعنى الشايع اتفاقا وفي عقد التمتع ايضا بناء على هذه الاخبار
والمجاز خير من الاشتراك اللفظي وان كان المعنى حقيقة منها جميعا لكن لا يصح ارادته هنا من المستاجرات
مع ان المتبادر منها معناها المتعارف المعروف بين الناس فيكون مجازا في العقد المنقطع دفعا
للاشتراك اللفظي لانه غير متبادر منها وعدم التبادر علامة للمجازية والغير المتبادر من اللفظ وانت
خبير بان تشبيه التمتع بعقد الاجارة يبطل جريان الغبن فيه ايضا بناء على كونه من المعاملات
ومن لوازمها جريان الغبن فيها فلا بد من وجود ذلك اللازم وامكان جريانه في الملحق به ايضا
ويبطل ايضا عدم كونه من العبادات حقيقة لضرورة تغايرهما سلمنا ان عقد النكاح الدائمي
ملحق بضروب العبادات لما قدمنا وجه الحاقه بها لكنه لا يوجب الحاق النكاح المنقطع بها ايضا
لان الغرض من التمتع قد لا يكون تحصيل النسل بل قد يكون لخدمة المريض المتزوج لها وذلك لا
يستلزم ولا يقتضي الالحاق ايضا لان النكاح حقيقة في الدائم منه فيكون في المنقطع مجازا دفعا
للاشتراك اللفظي والاشتراك المعنوي بعيد بهذا الوجه مع ان الغبن لا يثبت الا الخيار على فسخ
ذي الخيار المغبون المعاملة وامضائها والمقصود من الاشكال السابق الوارد على صحة عقد التمتع
افادة البطلان وفساده لا خيار المراة على فسخ العقد او امضائه لان العقود الخيارية
ليست فاسدة اجماعا ويمكن دفعه بانه لم يثبت من الشارع ان لها الخيار عليهما والغبن موجود
وصحة العقد مع كون الحال ما عرفته مشكوكة واصل العدم يقتضي البطلان فبضميمة هذه الامور يصير
باطلا ولم يظهر من الاشكال انه من جهة مجرد الغبن بل الغبن مضافا الى ملاحظة تلك الامور مع ايضا

وكما ذكرنا في قولنا والجاهل ليس بمعذور ظهر انه لا يمكن حل منبع الاشكال بمعذورية الجاهل
ايضا كلم انه لا يمكن حل منشاه ما ذكره ثقة ويمكن دفعه وانت خبير بامكان حل منشاه
بقوله
معذورية المراة الجاهلة ويقرره ما ذكره انفا فلا نعوده هنا وحاصله ان العقد من باب
الاسباب والسبب ما يلزم من وجوده وجود المسبب ومن عدمه عدمه لذاته وهو العلة التامة
وترتب الاثار عليها لا يتوقف على العلم باحكامها بل لا يعتبر التكليف في كثير منها ايضا
ولقائل ان يقول ان اردت من كون العقد من الاسباب الشرعية فيترتب عليه احكامه مع عدم العلم
ان العقد الصحيح الذي علم صحته بدليل شرعي من جملة تلك الاسباب فهذا لا يدل على ان عقد
التمتع المذكور يجب ان يترتب عليه الاثار والاحكام الشرعية بناء على كونه صحيحا لان صحته
مع كون قصد المراة المتمتع بها ما عرفته اول الكلام وان اردت ان مطلق العقد من الاسباب شرعا
ففيه انه يوجب عدم بطلان عقد من العقود الشرعية فان الترتب من مسببات العقد الصحيح
اذ لا اعتبار بالعقود الفاسدة في نظر الشارع وان اردت ان العقد الصحيح وما لم يعلم فساده بدليل شرعي
يترتب عليه اثاره ولو مع جهل العاقد ففيه ان عدم بطلان عقد التمتع والعقد ما ذكر اول الكلام
واما ترتب الضمان على اتلاف الصبي او المجنون مال الغير فهذا السبب لا تلافهما مما علم كونه سببا تاما
شرعا لاستلزام الضمان ولم يعلم ان عقد التمتع المذكور مع كون الحال ما ذكرناه سبب تام في ترتب
الصحة ولوازم التمتع عليه والفرق بينهما واضح جدا ومن جميع ما ذكرنا يعرف انه لا
يمكن ان يقال في سبب بطلان عقد التمتع المذكور ان اعتقاد المراة مثلا ان عقد التمتع مقتضيا
النفقة والقسم وغير ذلك ولا ريب ان العقد الذي يقتضي ذلك هو غير ما ورد به الشرع فالذي
تحقق من العقد هو العقد الذي لم يرد به الشريعة ويصير باطلا بذلك وذلك ان فيه انه يمكن
ان يقال في وجه بطلانه بهذا القول والدليل لان اعتقاد ترتب بعض الاحكام والاثار على شيء من
العقود الشرعية مما لم يرد به الشريعة لا يوجب خروج اصل ذلك السبب عن السببية فان اصل العقد
ثابت من الشرع بما الضرورة او بغيرها من الادلة الشرعية التي يستفاد ويستنبط منها الاحكام الشرعية
الفرعية بسبب قيام الحجة على جواز الركون بها في اثباتها واخذها منها كالكتاب والسنة والاجماع ونحوها
وذلك الاعتقاد لا يوجب تغييرا في ماهية السبب الشرعي وجعله شيئا وسببا اخر غير ما جعله الشارع
سببا لترتب الاحكام الشرعية عليها لكونها سببياته واعتقاد المراة ان لها النفقة والقسم ونحوهما
لا يوجب عدم تاثير عقد التمتع في سببياته في الصحة وحصول الزوجية المنقطعة منها

بلينها اقول ويمكن تقرير هذا الوجه بان يقال صحة العقد يتوقف على قصد العاقد العقد على نحو
في انحاء وقوعه وصحته فان طابق العقد قصده فاما ان يكون قصده قصدا صحيحا معتبرا في الشرع
غير ملغى في نظر الشارع فلا ريب في صحة العقد واما ان يكون قصدا غير صحيح فاما قدح اما يقصده
بالعقد الباطل فلا ريب في صحة العقد ايضا لان العقد طابق قصده الصحيح المقصود بالعقد
الاولى ولم يضر عدم مطابقته لقصده الغير الصحيح المقصود بالقصد العرضي الغائي او المقصود
ايضا بالقصد الاولي فاما ان يقصد مع هذا القصد الباطل قصدا صحيحا اخر ايضا ام لا فعلى الاخير
لا يبقى ريب في بطلان العقد لان العاقد لم يقصد اولا وبالذات الا قصدا باطلا وعلى الاول اما
يقصد العاقد كلا في العقد الصحيح والفاسد على سبيل العموم الافرادي او العموم المجموعي فعلى الثاني
فالعقد يصير باطلا لان بطلان احد جزئي القصد المعتبر في العقد وصحته يوجب بطلان القصد بكليته
لان الكل ينتفي بانتفاء احد اجزائه واما على الاول فالظاهر البطلان ايضا لان الظاهر من قولهم
العقود تابعة للقصود ان العقد يجب مطابقته لكل قصد من القصود واذا طابق بعض القصود وخالف بعضها
فيصدق عليه ان العقد لم يطابق قصود العاقد فيصير باطلا لوقوعه بهذا العموم بل كان عدم المطابقة
يصدق على تقدير عدم المطابقة لشيء منها اصلا واذا شككنا في حصول العقد المذكور فالاصل عدم
الصحة يدل على عدم تحققه على الوطء الشرعي الذي يقتضي ترتب الاثار عليه وذلك واضح على المتامل
واما قوله لا يوجب خروج اصل العقد عن سببيته ففيه ان ذلك لم استلزام عدم بطلان عقد من
العقود لانا نقول في كل منها ان قصد ما يخالف لوازم العقد لا يوجب خروج العقد عن اطلاقه
وسببيته اللذين يوجبان الترتب عليه لان الاصل بقاء العقد على اطلاقه وسببيته الثابتة من
الشرع مع ان ذلك الكلام ينافي ما يتحقق منه ان للعقود تفاوتات كثيرة ووجوها من الاختلاف باللزوم
والجواز والاطلاق عن الشرط والتقييد به لان ذلك صريح في ان العقد المؤثر في ترتب الاحكام عليه
هو العقد الذي يقصده العاقد لا الماهية الكلية السارية في جميع العقود الجارية بين الناس بناء على
انها في افرادها وهي موجودة في جميعها لان المؤثر في ترتب المسببات عليه هو العقود الخاصة الجزئية
وهو الذي يجب مطابقته للمقصود لا الماهية الكلية اعني العقد من حيث انه عقد اذ لا وجود لها الا
في ضمن الافراد فليتدبر جدا فان ما ذكرناه دقيق وان كان منبع الاشكال حصول الغبن في المعاملة
وانت خبير بان حمله من الاشكال وسند جدا لان الغبن انما يتصور وقوعه ووجوده فيما اذا جعل
الشارع للمعاملة عينا ولو تقديرا مثل ان يبيع احد شيئا بمبلغ كثير واشتراه احد منهم ظهر ان قيمته السوقية
اقل من هذا المبلغ بكثير واما عقد التمتع فلم يجعل الشارع لها قيمة عينا اصلا الا اذا لم يسقط الزوج

الاحكام [illegible]

فان بذل المرأة لو صدرت مع علمها بمقتضيات عقد التمتع النفقة والقسمة والمضاجعة وغيرها فلا يجب مطابقة القصد لمقتضاها فيقع العقد صحيحاً وبضميمة اصالة عدم الفرق يتم الصحة فيما اذا كانت جاهلة وقاصدة حصولها بالعقد المذكور وفيه تامل لانا لا ندعي بطلانه الا في صورة الجهل وقصدها حصولها بالعقد الاول ولسلم الصحة في صورة علمها بذلك لو قصدتها بالعقد الاول ام بالعقد الثاني بل لا يتحقق قصدها الا فيما كان الزوج عالما بالحكم وبعدم ترتب النفقة والقسمة ونحوهما على عقد التمتع والزوجة جاهلة اي بالجهل البسيط اذ لو كانت معتقدة فقد عرفت انه حكم ح بان ليست بمعذورة لكونها معتقدة في الاستقلال عن احكامه ولواحقه وكان الزوج عالما بجهالة الزوجة ايضا لم انه كان عالما بالحكم المذكور دون الزوجة وكان في نظره ان لا يعطيها النفقة بعد العقد لانها ليست بواجبة على ذمته بل له انفاقها وترك الانفاق بالمساوات وان كان الاول افضل والكمل في الثاني ينبغي ان قصد الثاني غير مضر بالعقد وصحته وحينئذ اي على تقدير التخيير نظر الزوج ان لا ينفقها فانكان غرضه من العقد محض ذلك الاضرار بشرط ان لا يكون الزوجة غنية عن النفقة اذ مع غنائها عنها لا يتصور ح اضرارها الا ان يقال انها كانت تزوج بمن ينفقها وهو صار سببا في عدم جواز ذلك لها فقد اضرها لصيرورته مانعا عنه فالظاهر بطلان العقد بالنسبة اليه فقط لان ذلك اي جعل الزوج محض اضرار الزوجة غرضا من عقدها وتزويجها خلاف موضوع العقد لان موضوعه انتفاع المرأة وحينئذ بالتزويج وفيه نظر لان سبب البطلان ح كون العقد والقصد منه اضرار المسلم وكل عقد موجب لاضراره باطل لانه لا اضرار ولا اضرار في الاسلام وهذا منهي عنه والنهي لا يوجب البطلان سلمنا لكن هذا نهي متعلق بالمعاملة خارج عن نفس المعاملة والنهي الذي يوجب فساد المعاملة المتعلق بها انما هو النهي المتعلق بنفسها او بلازمها او بجزئها وليس موجبا لبطلانها اذا كان المنهي عنه خارجا عن المعاملة كان بعضهم يقول ان النهي عن التابين نهي عما هو داخل في العبادة بخلاف النهي عن النظر الى الاجنبية فانه حرام في جميع المواضع فهو ليس مبطلا للصلوة لانه خارج عن حقيقتها والنهي عن اضرار المسلمين في جميع الصور فيكون خارجا عن عقد التمتع فلا يكون القصد اليه من الزوج مبطلا له فلا تغفل وان كان غرضه في العقد المذكور التمتع بها

بل لكن في قصده انه لا ينفق عليها نظرا الى ان ذلك اي عدم وجوب الانفاق واستحبابه حكمه المتعة شرعا فذلك القصد لعدم انفاقها لا يستلزم في عرف الشارع والمتشرعة غررا مبطلا للعقد وان كان تدليسا في عرف عوام الناس غررا وخدعة للمرأة لكن لا اعتبار بذلك شرعا اذ الغرر انما يحصل بالتدليس بان يظهر كمالا غير حاصل في الشيء كما اذا زوج امرأة باعتقاد انها بكر وخدعته الزوجة باستعمال ما يدل في بادي النظر انها بكر مع ذكر البكرية في العقد واشتراطها ثم ظهر كونها ثيبة حين العقد في الواقع فالنكاح المذكور باطل لاجل الغرر فيه لانها اظهرت نفسها كاملا لم يكن حاصلا فيها او يخفي نقصا فيه كما اذا زوجها باعتقاد كونها ذات اشعار او حياط ثم ظهر خلاف كل منهما فالعقد ح نحو ذلك من الامثلة الكثيرة وهو اي الذي يحصل به الغرر وليس غرر العقيمة فمنتف هنا لان الزوج لم يغير شيئا ولم يقرف في حكم الشارع ولم يحصل عنده ما يوجب ذلك ولقائل ان يقول ربما يظهر للمرأة من حال الزوج او يظهر الزوج لها انه يعطيها النفقة ويكون هذا فرضيت بتزويجه بسبب ذلك وهو قد قصد في وقت اجراء العقد عدم الانفاق فذلك غرر وخدعة لها وان لم يكن انفاقها واجبا ومن لواحق عقد التمتع ولوازمه ولم تكن ذمة الزوج مشغولة بالنفقة والقسمة ونحوهما كالمصاحبة وانحصار الغرر في ذينك القسمين مم لان اظهار الانفاق وقصد عدمه حين العقد مع انها لم تكن ترضى الا بما اظهر لها قبل العقد يسمى في العرف بالغرر نعم الفردان المذكوران اشيع افراد الغرر وذلك لا يدل على عدم غيرهما من افراد واحدا اخر توجب ايضا بطلان العقد مثلهما لكن يصير مبنى الاشكال ح كون قصد المرأة محالفا لمقتضى العقد وقصد الزوج وليس هذا في الحقيقة غررا ومطلق الخدعة ليس سببا للبطلان شرعا انما اوجب ذلك اي الغرر لو سلمنا انه غرر جهلها بالحكم اي بمقتضى عقد التمتع وفيه نظر لان هذا مبني على ما قاله بعض من ان الجاهل ليس بمعذور وقد عرفت انه ضعيف بل عدم المعذورية انما هو اذا كانت المرأة مقصرة واما اذا كانت قاصرة فلا منع لعدم المعذورية ح كما حققناه سابقا طلقا لحصول الغرر بالجهل بحصول احد العوضين كبيع الابق الغير المعلوم الحصول او بيع السمك في الماء ولا جهل لاحد الطرفين اما الزوج فظ لانه عالم بانه لا يترتب على عقد التمتع النفقة والقسمة والتوارث ونحوها واما الزوجة فلان المفروض انها قصدت جميع ما يترتب عليه وما لا يترتب شرعا والمتكلف ان يقول لما قصدت ترتب النفقة ونحوها على العقد المذكور ايضا مع انها لا تترتب عليه

في الواقع فهي في الحقيقة جاهلة بعوض منافع التمتع بها في منافع بضعها وغيرها ولاجل اعتقاد
الترتب المذكور عليه قصدت النفقة ورضيت بالعقد والتزويج ثم ان ظهر انها انها ليست
مستحقة لها في الواقع فينكشف ذلك عن ان الرضا الذي يناط به صحة العقد والمعقود عليه
لم يقع في الواقع وان صدر منها رضاء ظاهري بناء على زعمها الاستحقاق المذكور بالعقد
فهي جاهلة بعوض منافع ما يتمتع به منها وما ينتفع به منها الزوج في البضع والخدمة ونحوهما
بمعنى انه يصدق عليها انها جاهلة بما رتبه الشارع على العقد التمتع وجعله في سببا وموجبا
والجهل باحد العوضين نفس الغرر المنهي عنه المبطل للمعاملة وان قيل ان الجهل بمر انما يتصور
اذا لم يعلم مقتضيات العقد بمعنى كونه جاهلا بسيطا لا معتقدا لخلاف زعمه انه يترتب عليه
الاشياء المخصوصة وذلك المراة فيما نحن لانها اعتقدت ترتب النفقة مثلا على عقد التمتع
قلت ان الالفاظ اسام للامور النفس الامرية فيمنع كون الغرر الجهل باحد العوضين الجهل في نفس
الامر والواقع وان زعم العاقد عند نفسه انه عالم به لكونه جهلا مركبا سلمنا لكن نقول رفع
الغرر انما يكون بالعلم باحد العوضين الذي يقتضيه الشرع والمراة فيما نحن فيه لم تعلم احد
عوضي العقد بل قالت الانقطاع بالدوام زعما منها انهما شي واحد والقياس بطل شرعا
والمراد بالجهالة التي تذكر في هذا مع الغرر في ابواب العقد هو الجهل بصفة الشيء مع العلم بحصوله
وفيه بعد تسليم كون الجهالة في ذلك مرادا بها ما ذكره ان المراة عالمة في الواقع بالعلم المعتبر
انه يترتب على عقد التمتع المهر وغيره بمعنى انها تعتقد في نفس الامر بالاعتقاد الصحيح ان
الشارع جعل لهذا العقد سببا وبازاء انتفاعات الزوج بها شيئا لكنها تعتقد ان ذلك الشي هو
النفقة والقسمة وغيرهما وبالتقرير المتقدم انما يصدق في حقها انها جاهلة بصفة ما تستحقه
بالعقد المعلوم اصله لها وبينهما عموم من وجه قد يجتمعان في مادة وقد يفترق احدهما عن الاخر
في مادتين اخريين فمادة الاجتماع مثل بيع العبد الابق لان صفته وهي حصوله وعدم حصوله
مشكوكة وذلك بيع السمك في الاجام معلوم مبنية ان ذلك في جنس السمك لكن صفته وهي
عدده وامكان الاحاطة به بمعنى ادخاله تحت اليد غير معلومة ومادة الافتراق ما نصرح به
وعيدان في هذا الفرق تاملا لانه كلما وجد الجهل بصفة الشيء مع العلم بحصوله وذاته فقد
حصل الغرر ايضا واما اذا حصل الغرر فلا يجب حصول الجهل المذكور معه ايضا لامكان ان

جاهلا م

يكون الغرر بسبب احد قسمي التدليس فاذن الفرق بينهما هو نسبة العموم والخصوص المطلقين
بمعنى ان الجهالة اخص مطلقا من الغرر وهو اعم منها لكن ولا اذ قد بينا انه يصدق على المراة في
عقد التمتع المذكور انها جاهلة بصفة ما تستحقه من العقد مع علمها بان لها حقا بسببه
فيصدق مع وجود الغرر في حقها وبه يبطل العقد مع كونه مخالفا للقصد وقصدهما جميعا
وهنا اي الجهالة بالصفة مع العلم بالحصول ايضا اي كقسمي التدليس الموجبين للغرر في العقد
غير معلوم فيما نحن فيه وانت تعلم ان عدم ظهور وجود تلك الجهالة فيما نحن بصدد بيانه
وعدم العلم بها فيه لا يستلزم العدم الواقعي حتى يصير العقد صحيحا في نفس الامر فان
الالفاظ اسام للامور النفس الامرية كما ان عدم الوجدان لا يستلزم عدم الوجود في الخارج
اذ العوضان معلومان بالفرض المراد غير ظاهر فانه ان اراد ان العوضين معلومان لها
معا اما في الزوج فحقيقة واما في الزوجة فتقديرا بمعنى حصول العلم لها بعد الكشف لها عن ان
عقد التمتع لا يعوض في الشرع الا المهر ففيه انها حين العقد واجراء الصيغة الشرعية
لم تكن عالمة بالعوضين ولا باحدهما ايضا واذا لم تكن عالمة فهي جاهلة وفي حكم الجاهل بها
في نظر الشارع وان كانت معتقدة لامر غير مطابق للواقع لانه خطاء لا اعتبار له شرعا
وان اراد ان الزوج عالم والزوجة لما قصدت المهر مع عوض اخر والمهر معلوم لها انه من لوازم
العقد واحكامه واثاره الشرعية وقصد غيره معه ايضا باطل فيصدق في حقها انها
عالمة بالعوض في ضمن ما قصدته بناء على حمل الغرض على الضمنية كما يدل عليه قوله ولو
سلم احتمال دخول النفقة في عوض البضع على اعتقاد الزوجة ففيه ان الذي جعلته الزوجة
معيار الرضا لها بالعقد والتزويج ومناطا لحصوله لها هو ترتب النفقة والقسمة ونحوهما على
عقد التمتع والمفروض عدم ترتب كل منها عليه في الشرع فبطلان سبب الرضا يوجب
بطلانه وبطلانه يستلزم لا محالة فساد العقد مع انه لم يقم دليل شرعي على ان علم المراة
باستحقاقها المهر في ضمن اعتقاد استحقاقه واستحقاق النفقة ونحوها يكفي في رفع الجهالة عنها
بل الذي ثبت كونه رافعا لها هو العلم بالاستقلال لا بالتبعية والضمنية ليس الا اخر بالمهر وحده
ولذلك ذهب المحققون من الاصوليين الى ان وجوب المقدمة لما كان تبعيا لوجوب ذيها ومستفادا منه
في ضمن استفادة وجوب ذي المقدمة من الامر فلا يترتب عليه الثمرات المترتبة

ومنهم المصنف (ره) في

مما يلزمه

على وجوب ذي المقدمة كعدم اجتماعه مع الحرام وعدم كونه مستلزما للنهي عن ضده ونحو ذلك
فكذلك قصد المهر والعلم به في ضمن قصده مع غيره لا يترتب عليه ما يترتب على قصده منفردا
مع انه قد صرح سابقا ان قصد الكل لا يكفي في قصد الجزء فيحتمل ان تجعل المرأة مناط
الرضاء بالعقد والتزويج هو مجموع المهر والنفقة كما يحتمل ان تجعل ذلك كل واحد على سبيل
العموم الافرادي وقد حققنا لك انه لو بنينا على القصد بالمعنى الاخير لما ثبت صحة العقد
ايضا كما انه لو بنينا الامر على المعنى الاول فعدم الصحة ح اظهر منه فمنع انه غير مضر بعض
الامر لان الشارع رتب المهر فقط على عقد التمتع دون النفقة والقسمة وغيرهما ممن يرد
عليه ان مجرد ذلك ح فكيف يثبت بطلانه الظاهر ان مراده ان اعتقاد المرأة دخول
النفقة في عوض بضعها لا يضر بعدم الدخول في نفس الامر فيه ولا يكون هذا الاعتقاد وقصد
هذا المعتقد حراما حتى يصير العقد باطلا بسبب الحرمة لعدم اجتماع الصحة والحرمة لان المحرم
منهي عنه تحريما وكل منهي عنه تحريما فهو مبطل للعقد الواقع هو فيه ووجه عدم الحرمة الجهل
فانها ان كانت عالمة بانها لا يترتب على النكاح المنقطع وقصدتها مع ذلك فلا يبعد ان
ذلك منها تشريع لو جب فساد الموضوع المعقود عليه وبطلانه لان ذلك لو جب حرمته وهي فساده
لكنك خبير بان عدم الحرمة وعدم التشريع المذكورين يستلزمان كونها معذورة لانها لم تكن معذورة
فعدم العذر لاجل الحرمة وتشريع ما ليس بمشروع وهو ينافي ما اختاره من عدم معذوريتها
الا ان يقال في دفع المنافاة بانها معذورة في قصد النفقة ونحوها وغير معذورة في عدم الصحة
بسبب حصول المخالفة للقصد وذلك لكونها مقصرة في الاستفصال عن احكام النكاح المنقطع
لكن عدم الحرمة لا يوجب عدم البطلان لان سبب الفساد في المعاملة ليس منحصرا في وجود الحرمة
بل قد يكون السبب الفساد مخالفتها للقصد المعتبر في صحتها وهو ظاهر جدا وعدم سبب خاص للفساد
لا يستلزم انتفاء مطلق السبب الموجب لان انتفاء الخاص لا يستلزم انتفاء العام بخلاف العكس
واصالة عدم وجود سبب اخر له غير صحيح مع ملاحظة قولهم ان العقود تابعة للقصود لوجود المخالفة
فيما نحن فيه وشمول النهي عن الغرر لما نحن فيه مم اذ النهي عن الغرر في العوضين والعوضان
هنا البضع والمهر لا غير ولا جهالة فيهما بالفرض واقول يرد ويعود عليه البحث المتقدم
بعينه مع بطلان قوله بالفرض مع انه يصح حمل منع الاكمال حصول الغرر في العقد
لكن لا بمعنى الجهل بالعوضين او باحدهما بل بسبب التدليس والخدعة كما حققنا نظيره سابقا

سابقا مع ان النسبة بين الرواية الواردة عن النبي صلعم في الغرر في المعاملة لو جب بطلانها شرعا
وعمومات المتعة عموم من وجه اذ قد يجتمع كلاهما اذا حصل في عقد التمتع غرر وقد يفترقان لجواز
ان يكون عقد التمتع صحيحا شرعا ولا غرر لان الغرر لا يختص بعقد دون عقد فانه يجري في كل من
العقود كالبيع ونحوه واذا كانت النسبة بينهما عموم من وجه فلا يلزم تخصيص العمومات بالرواية
لاحتياج تخصيص احدهما بالاخر الى مرجح خارجي لانهما متكافئان لان كلا منهما عام من وجه وخاص
من وجه هذا ظاهر جدا لكن نقول قولهم العموم تابع للمقصود حسبما قررناه سابقا من وجوب المطابقة
يؤيد تخصيص العمومات الواردة في التمتع بعموم الغرر لكونه ح اخص منها والاخير معتضد بالكتاب
وظاهر عمل الاصحاب بخبر ان عموم صحة المتعة الثابت من الكتاب وعمل الاصحاب على صحة كل عقد
تمتع ما لم يعلم فساده فيعضد بقاء تلك العمومات على عموم الصحة ومن جملة افراد العقد التمتع
الذي لم يعلم فساده العقد المبحوث عن صحته وبطلانه مع قصد النفقة ونحوها في قصد المهر ايضا
فلا يجوز اخراجه عنها بسبب ملاحظة الغرر لان الاصل عدم التخصيص وبقائه مندرجا تحت العمومات
حتى يثبت المخصص المعتبر وفيه ما فيه اذ لنا ان نقول العقود تابعة للقصود والاصل عدم الصحة حتى
يثبت بالدليل معتبر وصحة العقد فيما نحن فيه مشكوكة فيقتضي الاصل المذكور بطلانه وعدم ذلك
يقتضي اخراجه عنها بسبب تخصيصه بالغرر مضافا الى ما عرفت من صحة حمل منع الاكمال في صحة الغرر
سلمنا لكن الظاهر من الرواية هو ورودها في المعاوضات الصرفة كالبيع والاجارة ونحوهما
وليس عقد التمتع من المعاوضات الصرفة بل هو ملحق بضروب العبادات فله جهة المعاوضة وله ايضا
جهة العبادة فمن الحيثية الاولى يجري فيه الغرر ومن الجهة الثانية لا يجري ذلك فيه لانه من لوازم
المعاملات وبتينك الجهتين خرجت عن مصداق العوض الصرف وعن افراد المعاوضة المحضة لانه
المركب من الداخل والخارج خارج وفيه النظر الذي اوردناه على كونه ملحقا بالعبادات فتذكره.

فهنوا

بل ظاهر الاصحاب رض ايضا الفهم في رواية الغرر كذلك اي انه لا يجري الا في المعاوضات المحضة
وفهم الاصحاب منها في الرواية حجة قوية على جواز التمسك به والركون اليه وعلى كونه مراد الشارع
قال الشهيد ره في عد النهي عن الغرر والجهالة كما جاء في الخبر من نهيه صلعم عن الغرر وعن بيع المجهول
في قضية كلام الاصحاب يختص بالمعاوضات المحضة كالبيع فههنا اقسام ثلثة الى ان قال الثالث
من اقسام المعاوضات والمعاملات الجارية بين الناس بالعقود بعوض العرض الاهم
فيه امروداء المعاوضات التي هي من الامور النافعة في الدنيا وذلك القسم الثالث

كالنكاح فان المقصود الذاتي فيه هو الالفة والمودة لتحصيل التحصين من القبايح كالزناء واللواط و
المساحقة والتخفذ والعزوبة وغير ذلك وتكثير النسل بسبب التوالد الحاصل من الجماع الحاصل
جوازا من النكاح المسوغ له في الشرع ولكن قد جعل الشرع فيه عوضا لقوله تعالى ان تبتغوا باموالكم
واتوا النساء صدقاتهن نحلة اي عطية من الله عليهن فبالنظر الى الاول اي كون العوض الذاتي
فيه ما ذكر من الالفة والمودة والتحصين والتوليد جاز تجريده عن المهر بالكلية وجعل الذهول
في حل بازائه مهر لكن لم تعلم الزوجة مقداره وعدده وانما يجوز الخلو عنه او الجهل به فيه
مع ملاحظة الوجه الاول لان تحصيل التحصين وتكثير النسل والمودة ونحوها لا يتوقف على وجود
المهر لانها معلولات الجماع الشرعي واذا حصل الوقاع على الوجه السايغ الشرعي فتحصل هي
ايضا والا فلا فليس المهر جزءا في حصولها ولا شرطا له اصلا فيجوز التجريد بالنظر اليه وبالنظر
الى الثاني امتنع في نظر الشارع الواضع للنكاح الجاعل لاحكامه ولوازمه قيد العوض الكيفي
والتقييد للغرر بالكثير لعله من قبيل الصفة التوضيحية لا لاخراج القليل فان الغرر بسبب كونها
محضة ولعله مبني على ان الغرر اليسير غير مضر واقول لا يصدق عليه انه غرر فيشمله عموم ما
دل على ان الغرر يوجب بطلان المعاملة ولم يصدق عليه انه غرر فلا يكون وجوده مبطلا لعدم حقيقته
وذلك الغرر الكثير المبطل لما وقع هو وحصل فيه كالذي وقع على عبد ابق و بعير شارد غير معلوم
لان المراة بالعقد والوطي تصير مالكة لما جعل الزوج مهرا لها فلها انفاذ التصرف في مهرها
واذا لم يمكنها التصرف فيه بسبب كون ما جعله الزوج مهرا لها غير قابل للتصرف بل يستحيل التصرف
فلا تصير مالكة وذلك يوجب بطلان اصل التزويج والنكاح لانها اذا لم تقدر على التصرف
في العبد الابق فيصدق ح انها صارت بفعل الزوج الناكح مغرورة لا تستفاد عوض بضعها
بالمرة وكل عقد وجد فيه الغرر الكثير لاحد المتعاقدين او لكليهما فهو باطل بالاجماع من الكل
ومن ثم اي ومن اجل ان الغرر الكثير يوجب بطلان العقد قال الاصحاب لو تزوج بها على خادم او
بيت كان لها وسط لعله العرف فيه الى اخر ما قال الشهيد ره في قواعده واقول جميع ما ذكره ره
حق الا ان ذلك لا يجري في عقد التمتع اذ قد يريد الزوج من عقدها الالتذاذ بغير الوطي بها و ح
لا تحصل الثمرات المذكورة لانها مختصة بالنكاح الدائم جزما لوجوده في النكاح الانقطاعي
وربما لا تحصل فليست من لوازمه البينة بل من لواحقه الشرعية ولو سلمنا انها تلحق النكاح المستمر
بل من ضروب العبادات لا تستلزم الحاق عقد التمتع المنقطع بها خروجه من المعاوضات المحضة
فيحرم فيه ايضا الغرر كما فيما نحن فيه ونقرر وجهه فيه ما سلفناه لا يقال هذا البحث ذا كل عن

عن تسليم كون النكاح الدائم غير معاوضة محضة ان المتعة ليست مثل النكاح الدائم لان المهر
ركن فيه بل هن مستاجرات كما ورد ذلك في الاخبار واذا كانت المتعة اجارة وهي معاوضة
محضة فيجري فيه الغرر ايضا بلا تكلف لانا نقول كون المهر ركنا فيه لا يوجب جعلها من المعاوضة
ضا الصرفة لان عمدة الغرض فيها التمتع والتلذذ وهو يحصل من الطرفين بل ربما كان في جانب
المراة اكثر فليس الغرض محض العوض المالي وفيه عندي نظر لانا لا نعلل كون المتعة من المعاوضات
المحضة والمعاملات الصرفة باشتراطها بالمهر حتى يرد علينا ان الغرض الاصلي منها التمتع والتلذذ
من الطرفين بل نقول ان عقد التمتع عبارة عن ايجاب وقبول مع جعل مهر فيه والتمتع
من اغراضه الذاتية وفوائده الاصلية ولما لم يكن فوائد عقد النكاح الدائم لازمة له شرعا
وجارية فيه في جميع الصور فلم يكن ملحقا بصنوف العبادة كالنكاح المستمر وليس العبادة
فلا بد ان يكون من المعاملات المحضة اذ كونه من المعاملات الغير الصرفة انما هو اذا كان ملحقا بها
ليوجد فيه جهتان جهة المعاوضة وجهة الالحاق بالعبادة والمفروض عدم الالحاق بها فلا
بد من كونه معاملة صرفة كما ان البيع عبارة عن انتقال المشتري الثمن الى البايع وعن انتقال
البايع نقل المبيع اليه بمنع مجموع ذلك الانتقالين وهذا نفس حقيقة البيع ثم بعد حصوله
في الخارج يحصل به جواز تصرف المشتري في المبيع والبايع في الثمن اي التصرف فيهما اراداه
فالتمتع والتلذذ يحصل بعد تحصل المتعة في الخارج بالايجاب والقبول في المهر فالعوض حقيقة
دائر كان التلذذ باي نحو كان بعد كونه شرعيا لكن ذلك مسبب عن المتعة والمهر جزء فالعوض
الاولي هو المهر والعوض الثاني هو التلذذ وكلاهما غرضان ذاتيان وحكمان لازمان كما ان
حصول الملك بالبيع فيه غرضه الاولي وجواز التصرف لكل منهما فيما انتقل اليه بالبيع غرضه
الثانوي مع كون الغرضين من اغراضه الذاتية فان المراة المتمتع بها قد قبلت المهر عوضا عن
وجوه انتفاع الزوج ببضعها وغير بضعها فكيف لا يكون معاملة محضة ولو يؤيده ورود الاخبار
بان المتمتعات مستاجرات فهذا يدل على ان المتعة اما معاملة محضة او في حكمها او في احكام المعاملة
الصرفة جريان الغرر فيها فيجب ان سلمنا انها ليست اجارة محضة ومعاملة صرفة في حكم ما يثبت فيه
الغرر ولذلك لو علمت الزوجة ان الزوج في المتعة لا يعطيها المهر لا تقبل زوجيته اصلا
فان ذلك يكشف عن ان المتعة معاملة كما ان البايع لو علم ان المشتري لا يدفع اليه الثمن لا يقبل
البيع والجميع ظاهر وقوله بل ربما كان في جانب المراة اكثر مسلم لكنه لا ينفي كون عقد التمتع
معاملة بل نحن نقول ايضا التلذذ لانه المعلول الاولي بعد حصول نفس العقد مع ان ذلك الوجه لا يجري

فيما اذا لم يرد الزوج ولا الزوجة من التمتع تحصيل الاستلذاذ كالوقاع والمصاحفة والقبلة ونحوها كما اذا لو اطاعا التمتع بسبب الخدمة او كون الزوج غير ايضا يريد من عقدها محققا
جواز احقاق المراة اياه لاستلذاذه النظر الى اعضائه التي يحرم لها النظر اليها بالاصلية شرعية كالذكر والبيضتين والدبر ونحوها فالغرض الاصلي للمراة ح اخذ المهر والعوض ح

ولا ريب ان اطلاق المستاجر عليها مجاز لوضوح ان عقد التمتع ليس الاجارة الحقيقية بل لم
يدع احد انه اجارة في الحقيقة وليس هذا الاطلاق مجازا فقد جاء بشيء عجاب وخبط خبطا عظيما
وكان معروفا بقلة عقله فلا يستحق الا الاعراض فانه غلط وهذا الاطلاق المجازي المخالف للاصل
اشارة الى علة جواز تكثيرهن وعدم الانحصار في الاربع كما ان ذلك العدم والانحصار
من لوازم عقد النكاح الدائم بالاجماع ولا يخفى ان فائدته الظاهرة المتبادرة منه هو
الذي اشرنا اليه انفا من كون ذلك في حكم الاجارة والمعاملة الصرفة ليترتب عليه الغرر ايضا
وبطلانه بالجهل باحد العوضين الركنين فان الدلالة على جواز التكثير لا تنفع الا بتكلف
بارد مثل ان يقال ان الموجر يمكنه استيجار ما شاء قليلا وكثيرا فكذلك المتمتع موجر للمراة لاجل الانتفاع
بها في البضع وغيره فله استيجار الواحدة والاكثر لان ذلك معنى الاجارة في الشرع
فلاحظ مسائل المتعة واحكامها ومسائل الاجارة واحكامها ان لها مباينة الا في قليل
من الاحكام والمباينة في الاحكام والاثار توجب المباينة في الحقيقة والذات والماهية
وذلك لانا نقول ان عقد التمتع يستلزم احكاما خاصة تجري بين زوجين والاجارة لما تتعلق
في اغلب الصور بالعين ونحوها كاجارة الدار والبستان او الحاصل الموجود بعد حصاده ونحوه
استلزم ذلك شدة المباينة بينهما ولذلك اتحادا في بعض المسائل فانه مشعر بالاتحاد في الحقيقة
وذكر وجه المباينة وانفتاح كون ذلك مجازا احتاج الى تطويل بل تغني عنه ملاحظة مظانها هنا
فان قيل قد اطبق الفقهاء كلهم على ذكر احكام المتعة في كتاب النكاح وذلك يبطل كونها
مثل النكاح في الالحاق بضروب العبادة وفي كونها معاملة غير محضة فيقتضي ذلك
عدم جريان الغرر فيها ايضا فاقول ذكرهم احكامها في كتابه بسبب شدة ارتباطها بالنكاح
لانها ايضا نكاح في الحقيقة والفرق بينهما الانقطاع والدوام والاول اوجب المهر فقط لان
زمانه منصرم بخلاف الثاني فان زمانه يطول ولذلك جعل الله تعالى له النفقة والكسوة ونحوها
لان المهر لا يكفي في هذا الزمان الطويل لتعيش المراة واحتياجها الى الاكل والشرب واللباس
فكان النفقة ونحوها بازاء طول الزمان والمهر بازاء البضع واما التمتع الطويل فهو لا يتم
ما يستلزمه النكاح الدائم لان العبرة بالغالب ولا اعتناء في المتعة بحصر زمانها او بهيئة المتعة
معنا فالا ان جعل العقد الانقطاعي مثل النكاح الدائم لا يوجب بطلانه بسبب كونه غررا وجهلا به
مع ان النكاح ليس من المعاوضة المحضة والمعاملة الصرفة بل هو ملحق بالعبادة فكذلك عقد التمتع ايضا

ايضا مع ان المراة اذا عرفت من حال الزوج عدم المضايقة عن النفقة فلا ريب انه يدفع به الغرر
والسفه اقول وفيه نظر اما اولا فلان عدم مضايقة الزوج عن انفاقها لا يوجب تحقق الانفاق
منه دائما اذ ربما لا ينفقها بسبب علمه بان انفاقها ليس واجبا عليه وذلك يوجب عود الغرر
فينكشف عن ان العقد لم يكن صحيحا في نفس الامر واما ثانيا فلان سبب بطلان العقد حصول
الغرر لاجل عدم استحقاقها النفقة شرعا مع اعتقادها بانها تستحقها وعدم كونها مالكة لها
بالملك الشرعي المترتب على عقد التمتع وانفاقها الزوج لا يوجب صيرورتها مستحقة لها
لان للزوج استردادها منها ولصدق عدم مالكيتها لها واذا لم يستردها منها فلا يصدق انها
مالكة لها بالملك المسبب عن العقد بل عن تمليك الزوج اياها لها مع جواز الاسترداد مع ان مجرد
الانفاق لا يوجب تمليكها لها لان ذلك يتوقف على الصيغة الشرعية وليست بل دأب الناس
وليس مبنى الاشكال عدم النفقة من حيث هو بل عدمها من حيث ان العقد يوجب عدمها مع قصدها
ترتب النفقة على المتعة شرعا فلا يرد ان ظهور عدم المضايقة او العلم به يستلزم رفع الغرر المبطل
مع ان ما ذكر في وجه الاشكال من استثناء ما لو كانت المراة غنية لا تبالي باخذ النفقة لا يكاد يناسب
الاشكال اقول وفيه تامل اما اولا فلانا ندعي بطلان العقد المذكور مع هذا القصد اذا كانت
المراة محتاجة الى النفقة بان تكون معدمة لعدم المال الذي تاكل به ولا ندعي البطلان في جميع
الصور واما ثانيا فلان المراة وان كانت غنية عن نفقة الزوج الا انها قد تقصد ان تاكل من
ماله اما لاجل الحرص على جمع المال لنفسها واما لعدم امكان التصرف في مالها ما دامت على عقده
ونحو ذلك واما ثالثا فلان مبنى الاشكال ليس نفس عدم النفقة حتى يقال ان في صورة غناها
لا يدفع صحة العقد او في صورة ظهور عدم المضايقة عن الانفاق لها في الزوج بل مبناه
حسبما اشرنا اليه في النظر المتقدم عدم استحقاقها النفقة ونحوها وعدم صيرورتها ملكا لها بالعقد
مع قصد المراة تحصيلها بنيتها واما رابعا فلان وجه الاستشهاد ليس ابطال الاشكال بل ما اشرنا
اليه بتعاقب الاشكال في الغاية اذا كانت فقيرة والزوج بخيلا بانفاقها وارتفع غايته
الاشكال اذا كانت غنية او ظهر احواله الانفاق وهذا التاويل وان كان خلاف الظ
لكن كون ظاهره مناقضا للاشكال اوجب حمله على ذلك كما ان امتناع حمل اللفظ على المعنى الحقيقي
يوجب حمله على المعنى المجازي بالاتفاق وان كانت ارادته بعيدة لان ارتكاب البعيد اولى من
ارتكاب التناقض المحال كما ان تخصيص العام لكونه اخراجا لبعض الافراد اولى من النسخ لكونه رفعا لجميع الافراد

فان الاعتماد على المال اليس باذيد من الاعتماد على الزوج الباذل للنفقة غالبا بل الاعتماد
على ذلك اوثق غالبا لان المال يمكن تلفه و سرقته الى رق او يتم ولكن بذل
الزوج الباذل لما صار كالطبيعة الثانية له لا يمكن زواله ولا رفعه لانه من صفات السخي
فيدوم بدوام حيوته ويزول بزواله وفيه ايضا نظر اما اولا فلان الاعتماد على المال اشد
لانه ربما يحصل بين الزوجين كدورة فلبيره و منعها الزوج عن النفقة ولو من باب تنبيهها
ولكن صاحب المال لا يتغير مزاجه بالنسبة الى ملكه فهو معها دائما والطبيعة الثانية يتغير
حفظه لكونه سببا للتعيش الدنيوي واما ثانيا فلان بطلان العقد لعلل بسبب ما ذكرناه من
عدم حصول الملكية والاستحقاق للنفقة انما مع قصد ذلك وبان مخالفة العقد للقصد يوجب
بطلانه بحكم العقود تابع للقصود لانه عام ولم يدل دليل على انه خصص منه لان الكل عدمه
مع ملاحظة عدم التسلط والقصد الى تحصيله بمجرد شدة الوثاقة بالزوج لا يصير سببا للصحة
وان جعل مبنى الاشكال لزوم العسر والحرج المنفيين في الشريعة اما لزومهما فلان عدم قصد لا
نفاق وعدم اعطائها النفقة يوجب ادخالها في ضيق المعاش والعسر والحرج في امور
وهذا المبنى مختص بما اذا كانت الزوجة فقيرة اذ لو كانت موجدة للمال بقدر المعاش فيجب
عليها ان تتعيش من مالها ما دامت في عقده ولم تنقض المتعة ثم لم ينفقها الزوج من ماله
واما انتفائهما فبالاجماع على عدمهما في الشريعة لانها سمحة سهلة فمنع اندفاعهما عن الاشكال
لان ظاهره ان سبب بطلان العقد حصول مخالفة العقد للقصد وارادة تحصيل النفقة به
فيه مضافا الى منع كون عدم غالبا لان الغالب في احوال الرجال المتمتعين بالنساء انفاقها
ولا قائل بالفرق بين ما اذا انفقها الزوج كما هو الغالب وبين ما اذا لم ينفقها اما لفقره او
لغير ذلك واصالة عدم القول بالفصل مع ملاحظة تلك الغلبة يوجب حمل الموضع المشكوك
فيه على ما هو الغالب الاغلب لانها يفيد الظن كالاستقراء الناقص القريب من التام
وفيه اولا ان الغلبة مسلمة لكن البطلان ليس لنفي اليسر لها بل لعدم تحقق الاولى عليها من سبب ذلك
مع ملاحظة قصد النفقة بمجرد قصد تحصيل الملك واستحقاقها كالدائمة وقولهم العقود
تابع للقصود وثانيا ان عدم الفرق وعدم القائل به ممنوع لما عرفت في صحة حمل مبنى الاشكال
حصول الغرر اذ ما ذكره المصنف في بطلان هذا المبنى قد عرفت بطلانه جدا فليتدبر جدا
ان ما دل على الجواز و اللزوم من عمومات المتعة وعمل الاصحاب اقوى كما اشرنا اليه

سببه م

وقوة ما اشار اليه قد عرفت ضعفها فضلا عن كون الاقوائية ممنوعا ولو
سلمنا القوة والتساوي مع ان لقائل ان يقول ان بين ادلة نفي العسر والحرج
في الشريعة وبين ادلة المتعة العموم والخصوص المطلقين بمعنى كون الاولى اخص من
الثانية فيجب تخصيص الادلة وعمومات النكاح والمتعة بها لان ذلك مقتضى المتعارض
مع ان غاية ما يقتضيه نفي العسر والحرج هو ثبوت الخيار على الفسخ واين هذا من البطلان
ولم يقل به احد من الفقهاء وذلك اجماع منهم على ان العقد صحيح ولا يجري فيه العسر والحرج
وكذلك قد عرفت الجواب عن نظيره فلا نعيد ذكره هنا ايضا فتذكره مضافا الى ما
ذكرنا من المعارضة بمثل عدم علم الزوج بعدم استحقاقها قد خدعته الزوجة واذ ضاعها اولادها
وغير ذلك وجه المعارضة ان عدم استحقاقه لتلك الخدمات وعدم وجوبها على الزوجة
بسبب العقد يؤدي الى وجود العسر والحرج وحصولهما في اموره مع انه قصد به
فيجب بطلان العقد بسبب مخالفته لقصده وقد عرفت الجواب عن تلك المعارضة
مع ان نفي مثل هذا العسر والحرج والضرر غير معلوم من الادلة الدالة على ان تلك
المفاسد الثلثة من المنفيات في الشريعة اقول وفيه نظر لان تلك الادلة ايات
قرانية واحاديث نبوية وغيرها مثل لا يكلف الله نفسا الا ما اتيها ولا حرج عليكم في
الدين وغير ذلك مما دل على ان المريض العاجز عن الصلوة ليس مكلفا بالصلوة على طرق ما
يجب فعلها على الصحيح السليم وتلك العمومات عمومات لغوية ومقتضى العام اللغوي
شموله لجميع افراده النادرة بل الاندرة ايضا عند بعضهم فيشمل ما نحن فيه ايضا
فان مناط رفع العسر والحرج وجود المشقة التي يعسر على المكلف ارتكابها وتحملها
فاينما وجدت يصدق عليه انهما موجودان ومنفيان وما نحن فيه ان لم ينفقها الزوج
مع اعسارها وعدم غنائها كك ايضا ولو كان ذلك من باب القياس المنصوص العلة
لان المصنف يرى حجيته و ذلك ايضا مذهب المحققين من الاصوليين ~~وهو المختار~~
[illegible] و بالجملة الظاهر انه لا اشكال
في صحة العقد اي عقد التمتع مع كون قصد المراة مخالفا لمقتضاه الشرعي ولو احقه
اذا علمت المراة بذلك اي بانفاق الزوج اياها من ماله ما دامت باقية في عقده
واعتمدت على كون الزوج باذلا للنفقة او على غناها بل الظاهر ايضا صحة العقد

اذا وطنت نفسها على التكسب والاعتياد ايضا في المعيشة وفيه ما لا يخفى اذ قصدها
الكسب بعد والرضا بعد التعيش ما دام في عقده يدل على انها قصدت المهر
ولم تقصد تحصيل النفقة والقسمة ونحوهما الا بالقصد الثانوي او لم تقصدها اصلا
وذلك كما لا يخفى على المتامل خارج عما كنا فيه فانا نقول بصحته اذا كان الامر كذلك
ولا يلزم من ذلك سقوط احتياجها تكون السقا[ية] موجبة للبطلان لان العقلاء
مختارون فان شاؤوا اختاروا اليسير في الامور وان شاؤوا اختاروا العسير ولا
يصدق مع وجود العسر والحرج ان الامتناع بالاختيار لا ينافي الاختيار كما ذكره جماعة
ولذلك جوز الشارع نفقة الانفاق باقل ما يتمول والجميع ظاهر جدا لكنه لا يخفى انما
يكون المصنف بصدد اثبات صحته لان ذلك يوجب قصد المراة النفقة بالقصد العرضي
وليس الكلام فيه كما اشرنا اليه وكذلك اي ومثل ما اذا علمت المراة بانفاق الزوج
الا انه الصحة فيما لم تعلم بذلك ثم علمت سواء كان الزوج عالما بجهلها ام لا فانه خالف
لما صرح به سابقا من صدق الغرر المبطل اذا كان الزوج عالما بان الزوجة جاهلة
باحكام عقد التمتع وهو عالم لها بعدم الدليل على البطلان قد عرفت دليل البطلان
لوجوه عديدة في ضمن دفع الاشكال كما عرفت قد عرفت ان جميع ما ذكره في بيان
دفعه بالوجوه المتقدمة اما معارض بمثله او ضعيف ومقتضى عمومات الكتاب والسنة
هو ذلك اي صحة هذا العقد وقد علمت ان بقا انها مخصصة بما حققناه واشرنا اليه
نعم الاحوط هنا اعلامها بذلك اي باحكام عقد التمتع من عدم اقتضائه شرعا
النفقة والقسمة وغير ذلك من لوازم عقد النكاح الدائم واحكامه الشرعية
ثم ان المراة بعد الاعلام اما ان ترضى بذلك اي بعقد التمتع بدون النفقة وغيرها
او تشترط على الزوج في ضمن العقد بحيث يرتفع الجهالة عن المراة المتمتع بها
ويصير العقد صحيحا لتوافق القصد والعقد وحصول الرضا الباطني لها معا
جميع ذلك حق وواضح لا سترة فيه ويدل على ما ذكرنا في صحة عقد التمتع مع
كون قصد الزوجة ما عرفته عمل المسلمين في الاعصار والامصار من دون نكير واحد منهم
ومما يعرض الفقهاء لذكره ذلك في كتبهم وذلك منهم اجماع على كون هذا العقد صحيحا اقول

اقول ان اراد ان ذلك اجماع منهم حقيقة على ان الاصل صحة المتعة ما لم يعلم فساده ففيه ان ذلك
في حيز المنع لانه في غاية البعد وكذا ان اراد تحققه على صحة عقد التمتع الذي كان بصدده ايضا
وان اراد عدم ظهور المنكر فذلك اجماع سكوتي وليس بحجة عند اصحابنا والاصل المذكور مسلم عندنا
لكنا نقول ان عدم ظهور الخلاف فيما نحن فيه مما حققناه وحرره عن ارادة عدم ظهور الانكار منهم للعلم
لاجل عدم التفات ذهنهم الى هذه المسئلة وان اراد ان ذلك اما ظهور عدم الخلاف او عدم ظهور الخلاف
وكلاهما حجة على الاصح ففيه مع كونه بعيدا عن ظاهر كلامه ان ظهور العدم او عدم الظهور العلم بهما فلنا
قوله وعدم تعرض الفقهاء فيه انهم كما لم يتعرضوا للبطلان لم يتعرضوا ايضا للصحة ووجهه عدم تذكرهم
وكيف كان فليس للزوجة مطالبة الفسخ ولا النفقة ولا تسمع دعواها بانها رضيت بالعقد لا لانه اخذ
النفقة اقول ان اراد ان الفقهاء ذكروا عدم سماع الدعوى وعدم المطالبة المذكورتين فهو نيابة في
ما صرح به فيما بعد اذ في عدم تعرضهم لذكر هذه المسئلة في كتبهم مع كونه في حيز المنع ولم يرد ذلك فيرد عليه
ان عدم مطالبة الفسخ لكونه فرع تحقق العقد المراعى ونحن ندعي بطلانه من الاصل فلا يمكن فسخه وكذا
عدم مطالبة النفقة لاجل ان رضاها بالعقد الذي لا يستلزم في الشرع نفقة دعوى غير مسموعة شرعا
ولا يدل ذلك على ان العقد صحيح في نفس الامر بل في الظاهر فرضا انها تظن انها مستحقة للنفقة ويرضى معه على العقد
وكذا الكلام في وجه عدم سماع دعوى الرضا بالنفقة كان تلك الدعوى مع كونها غير مسموعة في الشرع
خلاف الظاهر وليس ذلك موجبا للصحة في نفس الامر لا يقال ذلك يستلزم جواز احلافها بانها قصدت
النفقة ولا يترتب بعد حلفها فسخ النكاح المنقطع لان ذلك كالشيء عن عدم تحققه في الواقع
لانا نقول نحن نلتزم جواز احلاف الزوج اياها اذ الظاهر انه لا اجماع على عدم جواز ذلك سلمنا
وجوده لكن عدم الجواز والاجماع عليه بسبب كون هذه الدعوى مخالفة للظاهر والشرع بسبب تحقق زمان مع
الرضا الظاهري على العقد الذي لا يترتب عليه النفقة الذي يشعر بانها كانت راضية بعدم النفقة
فان العقود لا تقيد بالنيات بل تحمل على اطلاقها كما صرح به وفيه نظر لان محقق الاصوليين ذكروا
ان النية تخصص العام وتقيد المطلق بل صرح به الشهيد ره في قواعده وشدد النكير على من زعم خلافه
وصرح ايضا في عدم تقييد العقود المطلقة بالنية انه لو قصدت المراة ان تقيد عقد التمتع بالنفقة
والقسمة ونحوهما مع كونها حين العقد عالمة بانه لا يترتب عليه الا المهر فقط فالقصد المذكور باطل لان
العقد باق مع العلم وعدم شرط النفقة على اطلاقه الذي وضعه الشارع عليه ولا يدل ذلك على صحته

صحته ايضا اذا صدرت النفقة مع عدم العلم بانها ليست من مقتضيات عقد النكاح المنقطع

بل مع ظنها بانها من احكامه ايضا وحمله على ما اذا علمت ان ذلك ليس من لوازمه مقايسا بالعلم شرعا

مع عدم اشتراك المقيس والمقيس عليه في الجامع لظهور ان حالة عدم العلم بعدم الترتب وحالة العلم

فارق بينهما بالفرق القوي وليس الكلام الا في اللزوم في الحالتين وانها تتخلف عن حال وقوعها

لتعاهد بين المتعاقدين او ذكر القيد في البيع وهو المسمى بالشرط في ضمن العقد واقول هذا حق

لكن لا يدل على انها ان صدرت النفقة مع عدم العلم لكونها جاهلة باق على اطلاقه وظاهره

شعر بان شرط النفقة والزام الزوجة فردا ايا ما صحيح لان الناس مسلطون على اموالهم لكن

لقائل ان نقول هذا مخالف للكتاب والسنة لانهما دلا على انه لا يترتب عليه نفقة فاشتراط ترتبها

مخالف لهما فيكون باطلا وان لم يكن منافيا لمقتضى العقد اللهم الا ان يكون على جوازه نص من الائمة ع ولعل

مراده ان ترتب النفقة انما يصح بالاشتراط ان صح هذا الشرط والا فلا يترتب عليه اصلا

فهنا اي ما ذكرناه من تفسير قوله ع العقود تابع للقصود واطلاق عنان القلم في تحقيق المراد به

كلام وقع في البين لان المبحوث عنه هو الشرط في ضمن العقد لا تبعية العقود للقصود فانه خارج عنه

فان قيل العقود جمع بكسر وجزء قولهم تابع وتجب مطابقة الخبر المشتق للمبتدا في امور اربعة

منها الجمع فاقول لما كان العقود جمعا معرفا باللام فهو بمعنى كل عقد عقد من العقود ولذلك افرد خبره

فلنرجع الى اصل المقصد بهذا الحديث الصحيح ونقول لنا على بطلان العقد بسبب بطلان الشرط

في ضمنه ايضا اي مضافا الى الدليل السابق ان الشرط قسطا من الثمن فاذا بطل يجهل الثمن او الجزء

في الوجوه المبطلة للشرط فيبطل العقد واقول فيه نظر لان الجهل بالثمن حصل بعد الوضع وهو

الوزن المتوهم غير المبطل لنفس العقد والشرط لما كان تابعا له فيبطل هو ايضا فبطلان العقد صار سببا

لبطلان الشرط لا بالعكس المبحوث عنه فالدليل المذكور غير مطابق للمدعى اصلا سلمنا صحته لكنه اجتهادي

والكلام فيما لم يرد على بطلان العقد الفاسد نص او دليل شرعي حجة القول الاخر وجوه الاول ان

الممتنع شرعا اي الذي قام على بطلانه دليل شرعي بسبب الاجماع او ورود النص عليه هو الشرط دون

العقد فانه لا دليل على بطلانه وكل عقد من العقود التي اجمعوا على صحته منجزا باق على صحته الى بعده

مع التعليق ما لم يعلم فساده بدليل شرعي اذ الاصل في كل شيء تحقق دوامه وعدم زواله حتى يثبت خلافه

و الثاني من الوجوه ان كل واحد من العقد والشرط منفك عن الاخر بمعنى انه ليس بينهما لزوم ولا تلازم

اصلا حتى يقال ان الشرط لازم للعقد وهو ملزوم وبطلان اللازم لكونه اعم يوجب بطلان الملزوم

لكونه اخص وبطلان العام يوجب البتة بطلان الخاص لان حقيقته مركبة منه ومن الفصل وغيره

او ان بطلان احد المتلازمين يستلزم بطلان الاخر ايضا والا لما كان بينهما تلازم وملازمة

واما الانفكاك فلان العقد قد يصير واما مع كون الشرط صحيحا في نفسه ولانه ربما يتصور احد بدون

الاخر ولو كانا متلازمين لما انفكا في التصور و الثالث ان التراضي وقع بكل منهما على سبيل

العموم الافرادي الجميعي لا الافرادي البدلي ولم يقع بالمجموع المركب منهما حتى يقال ان بطلان احد جزئيه

اعني الشرط يستلزم بطلان الجزء الكل لانه يتقوم بانعقاد احد اجزائه وانما وقع على كل منهما لانهما

لانهما منفكان في التصور ولان العقد غير الشرط وهو مردود بمنع التفكيك وعدم التعلق بكل

منهما منفردا هذا قد عرفت ان سند هذين المنعين مدخول بما لا مزيد عليه والمنع الاجمالي لا يقاوم

تلك الادلة التفصيلية اذ لنا ان نمنع كلا منهما ولكن اصحاب القولين حكموا بصحة عقد النكاح مع

اشتماله على الشرط بل في المسائل الاجماع عليه وهو مشكل لما ذكرنا من الاصل اعني ان الاصل في

جميع الاحكام الشرعية الفرعية عدمها وفي جميع افعال المكلفين البطلان حتى يثبت بالدليل الشرعي

الوجود في الاول والصحة في الثاني فان ثبت الاجماع فهو وهذا دليل على بطلان العقد ببطلان الشرط

ان كان اجماعيا لا يستلزم بطلان كل عقد فيه شرط بدون العلم بعد لانهما مع ما حسبنا اشرنا اليه

والا فلا وجه له لان ذلك في المواضع التي للمصنف منافية لمذهبهم لكنه ليس منا فالمذهب موافقينا

وفي ثبوت الاجماع ايضا في صحة عقد النكاح اشكال وفيه نظر لان هذا الاجماع منقول بخبر الواحد

الواحد لا سيما في مثل الشهيد الثاني فانه من اعاظم فقهاء اصحابنا الخبير بالمسائل الاجماعية والخلافية

وهو حجة عند المحققين منهم المصنف قدس سره واما قوله لو وقع الخلاف فيه ايضا فيما خالف مقتضى

العقد وذكر في مواضع اخر اختلفوا فيه ايضا فان اراد انهم اختلفوا في ان الشرط المخالف لمقتضى

عقد النكاح هل يفسد العقد ايضا ام لا فهو معارض للاجماع المنقول قطعا فلا يصير حجة مع الخلاف

وان اراد انهم اختلفوا في ان الشرط المخالف لمقتضى العقد بل نفس العقد ام لا فلا يستلزم اندراج

بطلان عقد النكاح المذكور في هذا الشرط الكلي المخالف لم يجوز ان يكون خارجا عنه بالاجماع او نص

سلمنا لكن بطلان الشرط المذكور قد لا يكون لاجل مخالفته لمقتضى العقد بل لكونه تشريع حكم في الاحكام

فلا يكون من محل الخلاف في شيء فلا اشكال نعم يخالف المصنف مع استدراك ما ذهب اليه سابقا

في ان بطلان الشرط يوجب بطلان العقد وهو قريب من الذهاب الى التوقف في بطلان العقد

وفيه دلالة

وردت الاخبار في بعض الشروط الفاسدة حاكمة بصحة العقد مع بطلان الشرط وبين قول على بطلان
الشرط لا يوجب بطلان العقد وذلك ينافي ما اختاره المصنف لكنه ليس منافيا لما اخترناه
فالاولى الاقتصار على ما ورد فيه الاخبار او ثبت الاجماع فيحتمل الاولى ان يعيقر في الحكم
ببطلان العقد عند ظهور بطلان الشرط بدليل على ما ورد نص او تحقق اجماع على انه ايضا
باطل فان لم يرد نص او تحقق عليه اجماع فالحكم بالبطلان ح مشكل نظرا الى بعض
الاخبار الدال على صحة العقد وبطلان الشرط وبعضها بالنظر الى الشرط والعقد كليهما فاسد فيجب
التوقف حتى يظهر احدهما باحدهما ويمكن في مقام العمل اما باصالة عدم الصحة او باصالة الصحة
اما الاول فلان الاصل في جميع الاحكام الشرعية عدمها كما يجي تحقيقه واما الثاني فلان نفس العقد
قد علم انه كان منجزا صحته وعدم فساده وحين التعليق بشرطها شك في فساده ايضا
والاصل يقتضي بقائه على الصحة لان الاصل في افعال المسلمين بعد ورود حكمها الشرعي الصحة كما حققناه
ويمكن ان يجعل هذا استدراكا لما ذهب اليه سابقا فالمعنى انه قد ورد على بطلان العقد ايضا دليل معتبر
وهو الاجماع نظرا الى تلك الاخبار الدالة على ذلك ويجي بكثيره موافقا لنا في عدم بطلانه ايضا
وبالجملة فلا تتم في النكاح ايضا فانه يحتمل عليها في هذا المطلب ظاهره يشعر بان عدم بطلان
النكاح عند بطلان الشرط المذكور في ضمنه ليس قاعدة كلية يعتمد عليها في هذا الحكم والقاعدة
التي ذهب اليها في بطلان العقد ايضا بسبب بطلان الشرط فيه يقتضي بطلان عقد النكاح ايضا وهذا
ينافي ما قلناه في توجيه كلامه من الوقف او الدلالة على ما ذهبنا اليه وفي كلامه هنا اضطراب شديد
واقول ان كان هنا اجماع مركب على ان العقد يبطل ببطلان الشرط او لا يبطل ببطلانه فالمختار ما قلناه
والا فلا يبعد ان يقال ببطلان الشرط الذي يكون لكونه منافيا لمقتضى العقد وركنه مثل اشتراط
عدم الانتقال مطلقا في البيع وعدم الوطي اصلا في النكاح الدائم او الغرض الاصلي الذاتي منه
مثل عدم الانتفاع بالمبيع والثمن مع قصد تحصيل الملك بالبيع او لكونه معصية ونحوها كاشتراط
ترك الخمر في النكاح او ترك النوافل في جميع العمر فان كان سبب بطلانه الاول مطلقا ولو لغرض الثاني
فلا يبعد الاول فيتوجه بطلان العقد ايضا لان مقصود المتعاقدين يستلزم ولو جب رفع العقد وعدمه
والعقد لو جب حصول الملك او لازمه المعين به وكلاهما متنافيان فلم يوجد ح نطق دال
وان كان بسبب الثانية فلا يشك في عدم البطلان لان ركن المعاملة ولوازمه قد حصلت بجميعها والشرط
والاخبار الصحيحة

فالشرط ما كان خارجا في الجميع والنهي في الشيء الخارج عن العبادة والمعاملة لا يوجب بطلانهما
كالنظر الى الاجنبية في الصلوة فانه حرام مطلقا فلا يوجب بطلانها وكاشتراط شرب الخمر فانه حرام مطلقا
لكونه معصية كبيرة سواء اشترط في العقد ام لا فلا يبطل به المعاملة لعدم حصول النهي عنه بحالة وجوده فيها
ولم اطلع على ذكر ذلك المبحث الرابع من المباحث المذكورة في هذه الرسالة انه اذا شرط احد
المتعاقدين في ضمن العقد ما وافق الشرع اي شرطا علم كونه سائغا شرعا او ظن ذلك
او لم يعلم فساده حسبما عرفت ان الشرط الصحيح هو المعلوم صحته او مظنونها او المجهول فساده شرعا
فان سلم فهو ولا كلام في صحة العقد ح لانه اجتمع الصحة في الكل وان لم يسلم المشروط له الشرط لم
يقال انه يفيد التخيير بين فسخ العقد المشروط فيه وبين امضائه وذلك الذي سموه في جملة
الخيارات بخيار الشرط وكلامهم في مسائل البيع ظاهر في عدم الخلاف في ذلك اقول لعل وجه كون
المشروط مختارا بينهما اما الاجماع عليه كما يصرح به نفي الخلاف فانه حجة قوية واما ان الاكثر مسلطون
على اموالهم والعقد انما اوجب سلطنة النقل بشرط المشروط له لكن مع زيادة وبعد وجوده فله اسقاط
تلك الزيادة وبين ما لا يتمها بالنقص المشروط لكن يشكل بان العقد ان قلنا تعلق بالمجموع المركب
وصار هو مورد الايجاب والقبول وتعلق الرضا به ينتفي بانتفاء احد جزئيه بل جزئيه وان قلنا الرضا
تعلق بكل منهما منفردا عن الاخر فيمقتضى الاصل عدم تحقق النقل والانتقال مع الشك فيه والشرط
لما كان يقتضي الالزام والالتزام فهو كالعلة في حكمها استقلال المعلول بانتفائها ووجوده بوجودها مع عدم
المانع او انتفاء الشرط المركب العلة التامة منها ووجود المعتبر ولم نقف في مسائل النكاح
على نص يحكم بذلك في الشروط الجائزة وليس معناه ان عدم نص يحكم فيها بالفسخ بيانه نص يحكم في البيع
الا في بعض صور التدليس مثل ما لو تزوج امرأة على انها حرة فظهرت امة فله الفسخ ان اختار بين
فسخ عقد نكاحها او امضائه او تزوج على انها بكر فظهرت ثيبا فله بعد ظهور رقيتها الخيار على
الفسخ والامضاء ان رضيت بزوجيته وكذا لو شرط كونها بنت مهيرة فظهرت بنت امة
فله الفسخ وكذا لو شرط انها بكر فظهرت ثيبا فله الفسخ ح ايضا فانهم في تلك المسائل صرحوا بالفسخ
واستدلوا في الجميع بان ذلك هو مقتضى الشرط وفي هذا الاستدلال نظر ظاهر لان الشرط الذي
يبحث عنه في تلك المسائل بمعنى الالزام والالتزام وذلك يقتضي انتفاء المشروط بانتفاء الملتزم به
ووجوده بوجوده نظرا لما ذكرنا من عدم الشرط او وجود مانع والشرط الذي يقتضي الاختيار بين الفسخ
والامضاء هو الشرط الاصولي بمعنى ما يتوقف المشروط بانتفائه ولا يوجد بوجوده بمعنى عدم الاستلزام
في الطرف الوجودي لكون الشرط من العلل الناقصة فلا يستلزم وجوده وجود المشروط به اصلا

يتخلف و

ويمكن توجيهه بان يقال مرادهم من الشرط ما كان حقا للمشترط له التزم به المشترط وهو
لما كان مسلطا على اسقاط حقه فان اسقط عن ذمة الشارط واختار العقد فهو قد امضاه
وان لم يسقط وطلبه عنه لكونه مسلطا على طلب حقه الشرعي فهو قد فسخه فيبطل العقد حينئذ
ولما كان الشرط بمعنى الالزام مستلزما للشرط الاصولي قالوا ذلك الموهم الاستلزام حين وجود الشرط
فقط واما حين الانتفاء فالامر مشكل لان انتفاء الشرط الاصولي يوجب انتفاء المشروط فلابد منا
من انفساخ العقد بعدم حصول الملتزم به وبالجملة لا وقع لهذا الاستدلال وليس حجة صحيحا ظاهرا
وكلامهم ذلك ينفي ثبوت الخيار والفسخ في جميع صور الشرط الجائز لانه ليس بينها فرق
ظاهري لان الشرط الجائز مفهوم كلي متواطئ في جميع موارده مشترك في ترتب الفسخ عليه وعدمه
ولا يذهب عليك ان ذلك لا ينافي اتفاقهم على عدم خيار الشرط في عقد النكاح واما وجه عدم
المنافاة فان الظاهر ان مرادهم هناك نفي خيار الشرط لا خيار الاشتراط والمراد بخيار الشرط هو
الخيار الحاصل بشرط الخيار لا الخيار الحاصل من جهة عدم سلامة الشرط مثال الاول ان يبيع
دارا بثمن معين ويشترط المشتري تملك الثمن ما لم يكن عالما بحال المبيع صحة وفسادا
ولا كامل المعاملة منفعة وضررا ولا يكون العقد مقتضيا للخيار كبيع الحيوان المعوض الخيار بشرط على
ثلثة ايام فيشترط على البائع ان يكون له الخيار على الفسخ ان شاء له وهو شرط الخيار والذي
اجمعوا على عدم وجوده في عقد النكاح هذا الشرط لانه في العقود التنجيزية وذلك الشرط يخرجه عن
التنجيز الى التعليق فيكون منافيا لحقيقته التي وضعها الشارع عليها بخلاف ما لو شرطت الزوجة
على الزوج ان يطلقها الفرك فان علمها فهو والا فلها خيار فسخ العقد وامضائه وبين الخيارين
لون بعيد وشرط التعليم مثلك للثاني الذي فات فيه الشرط فصارت مختارة عليهما على البدلية
اقول ردا على استدلالهم على ثبوت الخيار للمشترط له لم يسلم المشترط اليه الشرط الذي التزمه له
ولا يشكل ما ذكرنا بان اذا اراد المتعاقدان بالشرط مجرد الالزام والالتزام واثبات الحق لا اصل العقد الا انه
هو ان لا يعتبر الاشكال فيه بهذا الوجه مدفوع بانه وان قصدا حين العقد تحصيل حق بالشرط
لكنهما لما كانا مالكين للحق فيمكن لهما اسقاطه والتراضي على اصل العقد ونفس انتقال المعقودين عليهما
فالاولى ان يقرر ان الشرط الاصولي المستلزم انتفاؤه انتفاء المشروط لا محالة لانه موقوف في الوجود
على وجود الشرط فلم يخرج لزوم الاستلزام وثبوت الخيار على الفسخ والامضاء ينافي ذلك
وقد ذكرنا في اول البحث ان في البحث الاول من المباحث فلا نعلم من قبيل ضعيف مجرد ان اراده

ارادة مجرد الالزام والالتزام من الشرط اعم فائدة من ارادة فاذا لم ينتف المشروط بانتفائه فلا يكون
تلك اكثر افادة المعنى الاول اما الاول فلان كل شرط في الشروط المذكورة في ضمن العقد مما
يصدق عليه انه الزم او التزم به في ضمنه بخلاف ما يلتفت المشروط بانتفائه لانهم اتفقوا على ان
انتفاء الشرط لا يوجب رفع العقد المشروط به وعلى انه يوجب الخيار على الفسخ والامضاء
وذلك انما يصح اذا فسرناه بالتزام حق للمشترط له فيصح منه اسقاطه ان شاء او مطالبته ان شاء
اذ لو فسرناه بمعناه المتداول المعروف بين الاصوليين لما حصل مصداق خارجي للشرط الموجب فقط
الخيار على فسخ العقد او امضائه والرضا باصل العقد وموجبه بل ذلك يوجب الانفساخ فقط
ولم يذهب اليه احد من الفقهاء وذلك كاشف عن انهم لم يريدوا به الا مجرد الالزام كما نص عليه الكبير وغيره
حيث قالوا شرطه له بكذا اي التزمه له وشرطت عليك بكذا اي الزمته على ذمتك وغير ذلك
واما الثاني فلانه لا يتبادر من الشرط الا معناه الاصولي الا كونه حقيقة فيه اصطلاحا او شائعا تبادره
فاطلاق القول بان عدم سلامة الشرط يستلزم الخيار للمشروط له عزيز وبهذا الكلام متفرع على الاكمال
وظاهر في ان عدم سلامته يستلزمه لكن لا في جميع الصور كلها بل ذلك يجري في بعضها كما اذا لم يقصد
المتعاقدان من الشرط في ضمن العقد اثبات حق ويحتمل ملك بطريق التنزل ان وجد حصل والا فلا
وفيه نظر ظاهر لان الشرط في اصطلاح الفقهاء اذا كان بمعنى الالزام والالتزام به لاحد المتعاقدين
وكان حقيقة فيه فظاهره يكشف عن ان المقصود بذكره في ضمنه تحصيل حق به ولا منع لكونه بمعنى
الالزام مع عدم القصد الى تحصيله به والا لكان ذكره لغوا والقصد لعدمه منافيا لظاهره والمتبادر منه
لان ارادة معناه الاصولي ليضر باصل العقد لانه ينتفي بانتفاء شرطه مع ان المقصود تحصيل مقتضى العقد به
ثم انهم اختلفوا في وجوب الوفاء بالشرط الجائز ان الشارع اشترطه شرعا سواء وقع وذكر في ضمن
العقد اللازم كالبيع والاجارة والصلح ونحوها او في ضمن العقد الجائز كالوكالة والهبة في بعض الوجوه
وفيه ان هذا الخلاف لا يظهر له معنى عندي فنقول ان عدم تسليم المشترط الشرط الى المشترط له
يوجب بطلان العقد المشروط به كما اخترناه لانه نقول بوجوب الوفاء به حتى يصح العقد والا عنده فنقول بانه
يوجب الاختيار على الفسخ والامضاء كما ذهب اليه الاصحاب لانه لم نقل بعدم وجوبه اللهم الا ان يقال
ان صحة العقد بسبب حصول الشرط السائغ غير وجوب الوفاء به ولكنه لا يظهر له فائدة في الفروع
الفقهية اذ بعد البناء على ما اخترناه نقول ان حصل الشرط السائغ صح العقد والا فسد وعدم ان له
او على قول الاصحاب نقول ان وجد الشرط لزم العقد ويترتب عليه مقتضاه وان لم يحصل له الخيار
على اقوال احدها الوجوب وليس للمشروط له الفسخ الا مع تعذر تحصيل الشرط اما الاول في الحكمين خلافي

وجوب الشرط والوفاء به معناه ان العقد يتوقف حصوله وتحققه على وجود الشرط وتحققه فان وجد
فقد حصل العقد الصحيح في الخارج والا فلا كما ان وجوب السورة يوجب بطلان الصلوة بتركها عمدا
لكن لا يعتبر في بعض صور الاحكام الوضعية في المعاملات القصد فعدم وجود الشرط بدون القصد اليه
يوجب البطلان ايضا في العقد والى يكن ترك السورة سهوا او نسيانا ما موجبا لبطلان الصلوة (قلنا به
واما الثاني منهما فلان التعذر لما كان غير مقدور فله جهتان من احدهما وهي عدم وقوع الشرط
يوجب عدم لزوم حصول العقد كما له وجوده وحصوله ومن احدهما الاخرى وهي التعذر يوجب الخيار على الفسخ
فان امتنع المشروط عليه عن الشرط مع كون حصول الشرط مقدورا له ولا عسر فيه ولا تعذر له
ولم يمكن اجباره عليه دفع امره الى الحاكم ليجبره عليه ان كان عنده ذلك الضمير المذكور اما راجع
الى الحاكم او الى الممتنع ولم يظهر لي ثمرة لذكره على التقديرين اذ الحاكم لما كان قادرا على اجباره بخلاف
المشروط له فيرفع الى حاكم الشرع لاجل اجباره عليه وذلك يتصور بعد اعتقاد الحاكم ان اجباره جائز
فان تعذر فله الفسخ وظاهره كسابقه يشعر بانه ليس له الخيار على الامضاء بل على الفسخ وحده
لكن نقول اذا كان الوفاء بالشرط واجبا ولم يحصل الشرط ولم يسلمه المشروط عليه الى المشروط له
فيصير العقد منفسخا بنفسه ولا يحتاج الى الفسخ وذلك يتوقف على الترافع الى حاكم الشرع
ودليل هذا القول عموم اوفوا بالعقود والمؤمنون عند شروطهم وغيرهما من الادلة وسيجيء تمام بعض الابحاث
فان صيغة افعل وما في معناه من الجملة الخبرية في كلمات الشارع والمتشرعة حقيقة في الوجوب فقط
عند التبادر وارادة الندب ومطلق الرجحان وغيرهما مجازات تحتاج الى القرينة الصارفة عنه
واذ ليست هنا قرينة اصلا فلا يمكن الانصراف عن معنى الحقيقة والتبادر فليحمل الا على الوجوب
واقول فيه نظر لان ذلك لا يدل الا على ان العقود يجب الوفاء بها ولا يدل على ان الشرط في ضمنها ايضا
واجب الوفاء به الا ان يتكلف ويدرج الشرط في العقود ايضا لكنه خلاف المتبادر من العقد
وقيل لا يجب على المشروط عليه الوفاء به وانما فائدة الشرط جعل العقد عرضة للزوال عند فقد الشرط
ولزومه عند الاتيان به تمسكا باصالة عدم وجوب الوفاء لا لان الامر ليس حقيقة في الوجوب شرعا
بل لان هذا الامر متعلق بالعقود والمتبادر منها غير الشرط لانه في ضمنها والشك في شمول الامر بالشرط
وكون الشرط منها ايضا مشكوكا فالوجوب فيه ايضا مشكوك والاصل البراءة عنه فيكفي مطلق الرجحان
وهذا القول عندي اقرب الى الصواب مع قطع النظر عن بطلان العقد بسبب عدم تحقق الشرط خارجا
وانت خبير بما فيه فان الاصل لا يقاوم الدليل قد علمت ان الدليل المذكور ليس مثبتا لوجوب الوفاء بالشرط
بل بالعقد فصار وجوب الوفاء بالشرط ايضا مشكوكا فيه والاصل المذكور يدفعه ولا
يثمر فيه اصلا بل الاصل لا يقاوم الدليل اذا كان مثبتا للمدعى لا انه لا يقاوم مطلق الدليل وهنا

وهذا هو القول الثاني وللشهيد ره تفصيل ثالث وهو ان الشرط الواقع في العقد اللازم ان كان العقد
كافيا في تحققه ولا يحتاج بعده الى صيغة ومعناه ان يكون العقد من حيث هو مستلزما للشرط سواء
ذكر في ضمنه ام لا كما اشرنا اليه سابقا ايضا فهو لازم لا يجوز الاخلال به كشرط الوكالة في عقد الرهن
وبيعه اما وجه عدم الجواز بنفي اللزوم فهو ان الشارع جعل العقد من حيث هو مقتضيا له ومستلزما اياه
ولا يمكن ازالة ما اثبته الشارع فان زال بطل العقد ايضا فان المرتهن وكيل حقيقة
في بيع المرهون والرجوع الى ماله بعد مضي اجل الرهن وعدم اداء الراهن ما اخذه من المرتهن سواء
شرط كونه وكيلا في ذلك بعد هذا الزمان ام لم يذكر الاشتراط المذكور فان قيل كلامنا في وجوب
الوفاء بالشرط وعدمه انما هو في الشرط الذي لا يستلزمه العقد ولا يوجبه بجعل الشارع اياه
غير مستلزم ومقتض لذلك وهذا من لوازم العقد فيكون خارجا عن المبحث فهو ره ذاهب في الحقيقة
الى القول الثاني فاقول هذا كلام حق لكنه لا يلائم اطلاق الشرط في هذا الباب الا ان ذيل الموجبين
يدل على ان محل البحث انما هو الشرط الخارج الغير اللازم للعقد شرعا كما لا يخفى فلا تمسكوا في اثبات وجوب
الوفاء به بانه من لوازم العقد ومقتضياته فان قلت ان الكلام انما في وجوب الوفاء بالشرط
لا في لزومه وعدمه كما قاله الشهيد ره اذ لا خلاف في ان الشرط الواقع في ضمن العقد اللازم لازم
وفي الجائز جائز قلت لعل مراده ره ان الشرط مطلقا اذا صار سائغا ومذكورا في ضمن العقد الشرعي
فيترتب عليه لزوم الاتيان به وان كان من حيث نفسه غير لازم كما ان بعض افعال الصلوة مستحب مع انها
يتصف بوجوب الاتمام بعد التلبس ببعضها عند جماعة من المحققين القائلين بان الاشتغال بالمندوب يوجب
لزوم اتمامه فان معنى جواز العقد امكان الفسخ لاحدهما بدون اقتضاء الاخر عليه كما في الوكالة والوصية ثم
ومعنى لزومه عدم امكانه الا برضاء الاخر عليه ايضا كما في اقالة البيع وفسخ الصلح والاجارة
وذلك غير وجوب الاتيان به بعد التراضي على اصل العقد وذلك دقيق فافهم وكلامه ره لا يخ عن المناقشة
وان احتاج بعده الى اجراء صيغة ذكره في العقد كشرط العقد فليس بلازم بل يقلب العقد اللازم جائزا
مثاله ان يبيع احد شيئا ما جديدا بثمن ويشترط البائع في ضمن عقد البيع على المشتري ان يوجره
المشتري داره او حديقته او غيرهما فان البيع لا يكون صفقته في حصول الشرط بل يحتاج
الى اجراء صيغة الاجارة لتحصيل الشرط في الخارج ويصح لحصوله عقد البيع المشروط حصوله به
ولعل مراده من قلب العقد الجائز ان البيع المنجز المترتب عليه مقتضياته في حين الفراغ منه
بخلاف المشروط في البيع فانه يخرج عن التنجيز الى التعليق كما ان البائع له الفسخ كما في العقد الجائز

اللازم الى

وجعل الشرط فيه ان اشتراط ما العقد كاف في عقد كجزء من الايجاب والقبول فهو تابع
لهما في اللزوم والجواز يعني الشرط خارج عن نفس العقد الا انه تابع له فيهما كما افاده المحقق
لكن فيه نظر لان تبعية الشرط للعقد في الجواز واللزوم لا يستلزم ان يكون كل شرط لو وقع
في ضمن العقد اللازم او الجايز واجب الوفاء به ولازم الاتيان به وليس اختلاف الا في الاثر
لان التبعية له فيهما وذلك انفاق اذ الظاهر ان ايه لزوم العقد او جوازه الى الشرط ليس الا لجايزة
واشتراط ما سيوجد امر منفصل عن العقد وقد علق عليه العقد والمعلق على الممكن ممكن ولا فيه نظر
لان الشرط الذي يقتضيه نفس العقد اشتراطه شرعا من الممكنات وقد علق عليه العقد
اللازم والمعلق على الممكن ممكن ايضا لان الواجب هو الله تعالى وغيره ممكن ولعل المراد من امكان الشرط
كونه غير لازم للعقد شرعا ولا يكون الشرط اللازم للعقد الذي صار كجزء منه امر سيوجد بعد العقد
ولقد اجاد المصنف في فوايده حيث قال ان اكثر عبارات الشهيد ره كالصريح في افادة مرادنا
وبذلك يتضح التعجب من ان اشتراط الجايز في اللازم يجعل الجايز لازما واشتراط اللازم في
الجايز يجعل اللازم جايزا مثال الاول كاشتراط الوكالة في بيع المرهون في الرهن كما صرح به
ومثال الثاني كاشتراط الاجارة في البيع او وجه اندفاع التعجب عن الاول فلان الوكالة من
حيث انها عقد وكالة منجز غير معلق على شيء جايز ومن حيث انها صارت كالجزء من اللازم
وتابعا له فيصير لزومه اليها ايضا كما يسري عتق الشقص من العبد او الامة لا بعضها الاخر فيها
واما عن الثاني فلان الاجارة من حيث نفسها ومن حيث صيرورتها جزءا من العقد اللازم
ولازمة بالاجماع لكنها ما لم يجب الوفاء بها لكونها خارجة عن نفس البيع وعن لوازمه شرعا
صارت جايزة لان العقد اما لازم او جايز لا واسطة بينهما اصلا واذا لم يكن لازما فلا بد من كونه
جايزا او في حكم العقد الجايز بترتب الفسخ عليه كما يترتب على الوكالة ايضا وبهذا علم فساد قول الشهيد ره
وانت خبير بان ذلك ايضا كالقول الثاني من الاقوال لكن في القسم الثاني الذي جعله جايزا
مخالف للعمومات التي سبق ذكرها في بيان دليل القول الاول الذي اختاره المصنف ره واجاد لانه و
ليشملها ايضا كما انها يشمل غيرها ايضا وتخصيصها عن هذه العمومات التي ذكرها بلا وجود مخصص معتبر
باطل لانه خلاف الاصل اذ العموم حقيقة والتخصيص مجاز والاصل في الاستعمال بعد العلم بالموضوع له الحقيقة
والمجاز مفتقر الى القرينة الصارفة عن المتبادر من لفظ العام وهو الشمول لهذين القسمين ايضا
بغير ما ذكره من التفصيل وعدم لاشتراط التعليق حين العقد بان يكون مقصود المتعاقدين
كون العقد منوطا ومعلقا على اتيان المشروط عليه بالشرط باختياره لان المعلق عندنا هو الشرط الذي

الذي يكون وجوده محتملا كقدوم الحاج او الوصف ما علم انه يتحقق كطلوع الشمس على الجريان عادة الله تعالى عليه
وان احتمل بعيدا عدم الطلوع نظرا الى قدرة الله تعالى عليه وقد علمت انه يمكن توجيه كلام الشهيد بما لا يكون تعليقا
والا كان فيه نظر لان الكلام انما هو في الشرط في ضمن العقد وليس ذلك تعليقا اصطلاحيا ولا وصفا
وان كان قد علق تحقق العقد على تحققه لان الشارع جوزه لكونه غير تعليق في الظاهر وان كان تعليقا في الحقيقة
فهو يرجع الى اشتراط الخيار مثل البيع ويشترط فيه الاجارة وتعليقه بها كان يقول ان جرت ذلك
اي فيثبت مبيعك وتملكه والحاصل ان الخيار الناشئ من الشرط في ضمن العقد في شيء وكذلك
الكلام في الحال الثاني وظهر ما ذكره المصنف ره في اصحاب القول الثالث في الحقيقة كما اختاره ايضا
واما ما ذكره من كونه ايضا تعليقا لاشتراطه في ضمن العقد فهو باطل لان الذي جعله اصحاب القول بعدم
وجوب الوفاء بالشرط هو عدم انتهاض الادلة عليه واذا لم يكن واجبا فلا بد من ذكر فائدة الزوال
عند فقدان الشرط ورفعه عند الاتيان به وذلك لازم للقول الاول ايضا والفرق بينهما هو
الوجوب وعدمه وذلك لا يوجب كون الاول مما نحن فيه والثاني من التعليق فظاهر كلام الشرط وهو ظاهر
وذلك يندفع ما قلناه فان هذا النزاع لا يتم بعد القول ببطلان العقد عند عدم حصول الشرط وهو مبني
وبذلك اي وبابطال كلام الشهيد وابطال القول الثاني باتحاده بالتعليق وليس بعد الكلام بل الشرط
في ضمن العقد الصحيح ان دليل ثبوت خيار الفسخ عند عدم حصول الشرط ليس من جهة التعليق حتى
يستلزم انتفاء المعلق عليه انتفاء المعلق بل لان الذي اقتضى في العقد على سبيل اللزوم والاستمرار انما
وقع لهذا الشرط ولم يعلم من العاقدين اخراج ما لهما عن ملكهما على سبيل اللزوم الا مع تحقق الشرط فمع
انتفائه لهما الرجوع الى مالهما وقد اشرنا الى ذلك سابقا واقول فيه بحث لان ذلك انما يصح
اذا قلنا ان عدم تحقق الشرط يوجب بطلان العقد كما ذهبنا اليه موافقا للمصنف ره واما اذا قلنا
ان للمشترط له الخيار على فسخ العقد وامضائه فلا يجري فيه ذلك كما ذكره الاصحاب ويمكن ان
يكون الدليل بثبوت الخيار هو التعليق لكن لا بمعنى التعليق الصحيح ولعقد مثل ان دخلت دار فقد بعتك
ونحو هذا او نحو ذلك مثل الشرط في ضمن العقد فان العقد مشروط به بمعنى انه علق حصوله على حصوله
وكونه تعليقا لا يضر لان الشارع جوز التعليق في ضمن العقد والذي لا يجوز هو التعليق الصريح هذا
ولو سلمنا ان الشرط في ضمن العقد تعليق يقول ان التعليق يستلزم انتفاء المعلق عند انتفاء المعلق عليه
وبهذا يندفع قولهم بانه مختار على الفسخ والامضاء اذ الامضاء ينافي التعليق المستلزم انتفاءه
انتفاء العقد المعلق وجوده على وجوده لانه قوله البيع جهة التعليق يستلزم بيانه في اصطلاحهم بان ثبوت

ثم ان ما ذكرنا من الاحتمالات الثلثة ذكروه في كتاب البيع واما في مسائل التزويج فلم اقف على خلاف
في وجوب الوفاء بالشرط مطابقا للآيات والاخبار عموما وخصوصا بل ادعى الاجماع عليه غير واحد مع
ان نسق الكلام في الشرط واحد في الجميع واقول في هذا الايراد يجب ان اختلافهم في وجوب الوفاء
بالشرط في ضمن العقد مطلقا وعدم وجوبه كذلك ووجوبه في بعض صوره وعدمه في بعضها الآخر انما هو
اذا لم يرد على الوجوب او العدم نص او لم يتحقق اجماع واما مع وجود الاخبار الخاصة والعامة وتحقق
الاجماع منقولا كان او محصلا على ان الشرط في ضمن عقد النكاح فلا يتبع منهم الخلاف في الوجوب
وليس ذلك منهم منافيا لما ذهبوا اليه حين عدم تحقق الدليل الشرعي على احدهما من عدم الوجوب او الوجوب
ولعلك ان تقول ان الفارق بين مسائل البيع ومسائل النكاح هو عدم ثبوت خيار الشرط
في النكاح بلا خلاف واقول لان الشرط في ضمن عقد النكاح ليس في الحقيقة تعليقا غير جار فيه
والاستلزام للخيار على الفسخ والامضاء في جميع الصور لانه فرع عدم التحقق وذلك نادر
فلا يصح ان يقال يجب الوفاء بشرط فان وجد صح والا فسد اذ لو لم نقل بالوجوب فيه ثبوت
الخيار وهو لا يكون في النكاح اصلا وذلك لما اشرنا اليه سابقا من الفرق بين خيار الشرط وهو الذي
يكون في الحقيقة تعليقا مثل اشتراط خيار فسخ العقد او امضائه الى زمان معين فان ذلك ينافي
عقد النكاح لانه يوجب اختيار الزوج على وطي الزوجة في حين الفراغ من الجزء الآخر للعقد وهو
ينافي التعليق لانه يفيد التنجيز واختيار الحاصل من هذا الشرط وهو يجري في عقد النكاح بالاتفاق
فيعود الخلافات في وجوب الشرط المذكور في ضمنه وعدمه ولا منع للاجماع على الوجوب هنا والخلاف هناك
ويمكن ان يجعل الفارق بينهما ما ذكره من ان النكاح ملحق بضروب العبادات فان الشرط حكمه حكم العقد
لانه كالجزء منه او جزئه حقيقة وعلى العهد شرعي فالشرط عهد للمشروط له عبادته المشروط عليه
وكل عهد شرعي في العبادات فهو واجب الوفاء به اجماعا والشرط في ضمن عقد النكاح من احد
افراده فلا بد من وجوب الوفاء به ايضا لكنه يشكل بان المشبه لا يشارك المشبه به في احكامه التابعة
لا في جميع الاحكام وذكر وجوب الوفاء بالعهد العبادي من احكامها الثابتة محل تامل الا ان يقال
على وجوب الوفاء بالعهد اذا كان عبادة هو كونه عبادة وذلك ثابت في النكاح لكنه قد يضعف
بان كونه عبادة حقيقة ممنوع بل ملحق بها سلمنا انه عبادة لكن كونه عبادة حقيقة لا يوجب كون شرطه
عبادة حقيقة والحاصل ان التمسك في وجوب الوفاء بشرط النكاح لا ينفع الا بالاجماع السابق
والاخبار الدالة عليه فيه عموما وخصوصا كما لا يخفى حسبما ذكرناه انفا وظاهرهم الوجوب في عقد
النكاح الدائم فلا يجري في المتعة مع انها ليست ملحقة بالعبادات على ما حققناه سابقا
لكن قوله من مسائل النكاح لما كان مقابلا لكتاب البيع فيشعر بانه جار فيها ايضا كما لا يخفى على الخبير هذا

هذا ولعل الظاهر منهم ان الاول وهو شرط الخيار بمعنى التعليق انما هو الذي نفوه في النكاح مع انه لا منافات
بين وجوب الوفاء بالشرط وبثبوت الخيار بعد تعذره او بالتجاوز هذه المسئلة اي مسائل النكاح او مسئلة وجوب
الشرط بمعنى وجوب الوفاء به والاخير عندي هو الصحيح لا يكاد ينتظم في سلك قاعدة والقاعدة يقتضي تساويهما
اي مساوات مسائل النكاح للبيع وغيره لان الشرط في ضمن العقد مفهوم كلي يصدق على كل واحد واحد من
افراده بالمساوات لانه كلي متواطي يصدق على جميع موارده بالتواطؤ والتساوي والفرق بين افراده بالحكم باطل
المبحث الثاني المشهور ان الذي يعمل به من الشرط عند الشرع والمتشرعة في الفقه والاصحاب انما هو ما
يذكر بين الايجاب والقبول بحيث يكون جزء منهما مثل ان يقول بعتك هذه القرية بالف درهم وشرطت عليك ان
تبيعني فرسك بمائة درهم ثم يقبل المشتري البيع والشرط بل الظاهر عدم الخلاف في ذلك وظهور عدم الخلاف وكذلك
عدم ظهور الخلاف مضافا الى الشهرة حجة قوية تدل على ان الشرط الصحيح الذي له التأثير هو المتوسط بين طرفي العقد
والاحكام الشرعية مطلقا سواء كانت تكليفية ام وضعية توقيفية لا يعلم حصول الانتقال بمجرده الا بالمتوسط
وان شك في حصول الانتقال بغير المتوسط فالاصل يدفع كونه ناقلا وسببا شرعيا لحصول النقل به فلا
يعتبر ما تقدم ذكره على العقد او تأخر لان الاحكام الشرعية كما انها امور توقيفية ومجعولة بجعل الشارع المقدس
كذلك الالفاظ الموجبة للانتقال ايضا امور وضعية توضيعه ولم يعلم بدليل شرعي ان المؤخر او المقدم سبب
شرعي يحصل به النقل والانتقال ايضا فالاصل يدفع سببيتها الا ان يظهر بانه من دليل معتبر في الشرع
وما يظهر من الشيخ ره في يه من الاكتفاء بما ذكر بعد العقد فلا يبعد ان يكون مرادهم ما ذكر بعد الايجاب فيه
تامل لان العقد حقيقة في مجموع الايجاب والقبول وهو المتبادر منه عند الاطلاق فحمله على الايجاب فقط بعيد
كما ذكره المحقق السيد محمد ره صاحب المدارك في شرح النافع وقال فلا يتحقق الخلاف في المسئلة وعلى ذلك
ينزل الاخبار الدالة على ذلك ايضا فان قيل هذا التنزيل خلاف الاصل يعني الظاهر اذ المتبادر من العقد
هو المجموع كما ذكره المصنف في تفسير البيع في المبحث الثالث فنقول ان المتعاقدين المختارين على امر اذا لم
يمكن ان يشترطا بعد حصول العقد شيئا فاقول خلاف الظاهر يمكن ان يكون ارتكابه لجعل كلام الشيخ ره موافقا لما
ذهب اليه المشهور فانه كالقرينة لذلك وصحة الاشتراط المذكور غير معلوم من الادلة الشرعية والاصل يقتضي
فساده كما حققناه سابقا ولظهور كلامه في ان القائل بصحة الشرط مع عدم التوسط هو الشيخ وحده اذ لو كان
هناك خلاف اخر لما كان تاويل كلامه موجبا لرفع النزاع والحاصل ان ما اي الشرط وقع في متن العقد وضمنه لا ما
ما وقع في ظهره لانه محتاج الى التكلف فيقال متن الشرط فلا دليل على صحته اتفاقا ونسمله عموم ادلة الشرط وهو
الظهور افراد الشرط او هو على قصد وهي له اذ التعليق من الشرط كما اشرنا سابقا اذ ظاهر الاكثر وانما يكون هو موج
لان الايجاب لا يصير معلقا على الشرط الا اذا ذكره بعد ذكر العقد يعني الايجاب لانه لا يصدق التعليق

لكنك خبير بان من استدلالهم بمقتضى الشرط على ثبوت الخيار على الفسخ ليس حمل الشرط على التعليق

والاعلى حمله على معناه الاصولي لان بذين المعنيين ينافي الخيار المذكور لان انتفاء الشرط او انتفاء

المعلق عليه يوجب انتفاء المشروط او المعلق يمنع حصول الانفساخ بل مبناه ما ذكرنا في اسقاط الحق الحاصل به

واما على اعتبار ما ذكرنا في الشرط على العقد فظاهر الاجماع وصنع صدق الشرط بالبعد بت المتعلقة لان

المراد من الشرط في الحقيقة كتعليق حصول ما يحصل بالايجاب على حصول الشرط فلا بد اولا من ذكر المعلق

ليعلم ان ما يعلق على الشرط ما هو لكن قد يقال الشرط اذا كان في التاويل معلقا عليه فهو كالسبب

فلا بد من تقديمه على العقد لانه المشروط والمعلق به مثل ان جاء زيد غدا فاكرمه كما هو في بعضهم

الا انه مدفوع بان ذلك تعليق صريح ومقايسة الضمني منه به مع بطلان اصل العكس مع الفارق فلم

مع ان الغرض الاصلي هو العقد والشرط تابع لقصد العقد فلا بد من تقديم المقصود ثم ذكر تابعه عقيب ذكر

ولا اجمال الكثير المصرح بان الشرط انما هو بعد النكاح المأول بما بعد الايجاب كما اقتربها لا لهاث النكاح

حقيقة في التزويج والتزويج ليس الا من قبل الزوجة لان الايجاب من طرفها والقبول من طرف الزوج

فهذه الاخبار تدل على ان الشرط في النكاح لا بد من ذكره بعد ذكر الايجاب ولا يدل على انه يجب ذكره

بعد في كل عقد من العقود لان القول كون النكاح حقيقة في التزويج محل كلام بل في اول كلام ذكره بعضهم

سلمنا لكن كون النكاح فارقا بين العقود مع كون الشرط في النكاح مثله في غيره فلا منع للتفرقة

بل ظاهر رواية ابن بكير هو ذلك قال قال ابو عبد الله عليه السلام اذا اشترطت على المرأة شروط المتعة فرضيت به واو

جب التزويج فلو ردها عليها بعد ذكر ايجاب التمتع من قبل المرأة شرطان الاول بعد النكاح ا.ب.

بعد ذكر الايجاب فلا قلنا فان اجازته فقد جاز وان لم يجز فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح

فانه صريح في ان الشرط الصحيح الذي يعتبر شرعا هو المذكور بعد الايجاب وان المذكور قبله مع تواطئ

الجنبين ليس شرعا لا يترتب عليه شيء اصلا فانه لغو وساقط عن درجة الاعتبار الشرعي وبهذا الكاف

فلا يصح ان يقال المتعاقدان مختاران ان جعلوهما ان يشترطا قبل الايجاب ما شاء ثم كل منهما بعد شرعية

اذ ليس الشرط المتقدم عليه مؤثرا في شيء مخالف للرواية والاصل الذي ذكرناه قبل ذلك مع تقريره

ونقل المحقق في الشرائع عن بعض الاصحاب القول بلزوم الحاقه الشرط بعد العقد اي الايجاب والقبول

وان ذكر في العقد اي بعد ذكر الايجاب وفي ضمنه الجمع على صحته ولعله ناظر الى هذه الرواية وهو بعيد

لانه ان اراد انه لو ذكر في ضمن العقد ثم انكر الرضا عليه بعد ذكره بعد القبول فهو باطل فهو مخالف

لظاهر الرواية وان اراد انه لا يبطل بل لا يمنع من اللزوم ذكره ثانيا لان ذكره اولا يكفي في حصول الاثر منه

مع انه لا يظهر ذلك من الرواية اصلا وان اراد الاحتياط فهو مع كونه غير واجب على الاصح ليس شيئا

ان لم يقبل المشروط عليه الشرط بعد القبول لا في بطلانه ولا في صحته فذكره ثانيا لغو وكل ما يجري فيه

بعد المعاطاة لان الجميع مشترك في التعاطي مع عدم ظهور الفرق بينها بدليل معتبر فالفرق ليس الا تحكما

المبحث السادس في ذكر بيان تسكين الماء الموقع لمنع العليل من الاخلال الواردة في هذا الباب عموما

وخصوصا مثل قوله عليه السلام المؤمنون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله والمسلمون عند شروطهم

الا من عصى الله ومعناها انه يجب على المشروط عليه الوفاء بالشرط الا اذا كان مخالفا للكتاب

وفي حكم مخالفة مخالفة السنة ايضا لو صح الغاء احدى المدارك الشرعية ذلك لمخالفة للاجماع

بل والعقل المنجز ايضا مثل النكاح واشتراط ان يظلم على الفقراء او على الارحام فان العقل يحكم

بالضرورة ان ذلك قبيح والا اذا كان المشروط عليه عاصيا لله تعالى حين يريد ان يأتي بالشرط

مثل البيع واشتراط شرب الخمر او الزنا وهما في النصوص العام مردودا ومورد ها لا تخصيص لمورد

معين فقد تستشكل في دلالته على الوجوب وربما يحمل على الاستحباب ولا وجه له فان الظاهر من

الجملة الخبرية الوجوب لان شأن الشرع ليس وحده بيان الاحكام الشرعية

لا الاخبار لانه مبعوث لبيان تكاليف العباد واما اظهارها للوجوب فيه الحكم لا فعلا انما يقصد

الوجوب بالقرينة يقصد الانشاء ايضا وليس اخبار ولا صيغة امر حتى يقال بانها يقصد الوجوب مطلقا

الا ان يقال انها في الشرع وضعت للوجوب كالامر والصيغة ظاهرة في المصنف واحتمال

المدح والوصف كما في قوله تعالى كانوا قليلا من الليل ما يهجعون وبالاسحار هم يستغفرون وقيل

في قوله عليه السلام المؤمن غر كريم بعيد بل ظاهر الاستثناء انه ينافي المدح المؤمنين بانهم يقيمون على شروطهم

التي شرطوها في العقود الا شرطا يظهر لهم بعد العلم بانه مخالف للكتاب او السنة او غيرها كون العقد

فانهم لا يفعلونه فلا يأتون به بعد ظهور فساده لا انهم لا يفعلونه اصلا ودليل على استحباب الاتيان بالشرط

فان المؤمن لا ينبغي ان يشترط ما خالف كتاب الله ثم حتى يكون من صفته عدم الوفاء به وفيه

نظر لانا نرى بالعيان كثيرا من المؤمنين يخطئون في معاملاتهم بل الفقهاء ايضا كذلك فكثير ان يشترطوا

شروطا فاسدة باعتقاد كونها مشروعة بناء على عدم علمهم بالفساد وان يشترطوها مع علمهم

بانها باطلة شرعا سلمنا لكن قد يشترط المؤمن شرطا فاسدا مع علمه بفساده لكنه لا يفعله

وانما يشترط لترتب مصلحة عليه في الظاهر ومقتضى الاحتمال المذكور انه يشترط المخالف للكتاب

لكنه لا يفي به لان الوفاء بالشرط الفاسد كما اذا كان الاتيان به مشتملا على معصية الله تعالى

ينافي كون المشترط مؤمنا لان المعصية توجب الفسق وهو ظاهر وهذا ممنوع على بطلان احتمال

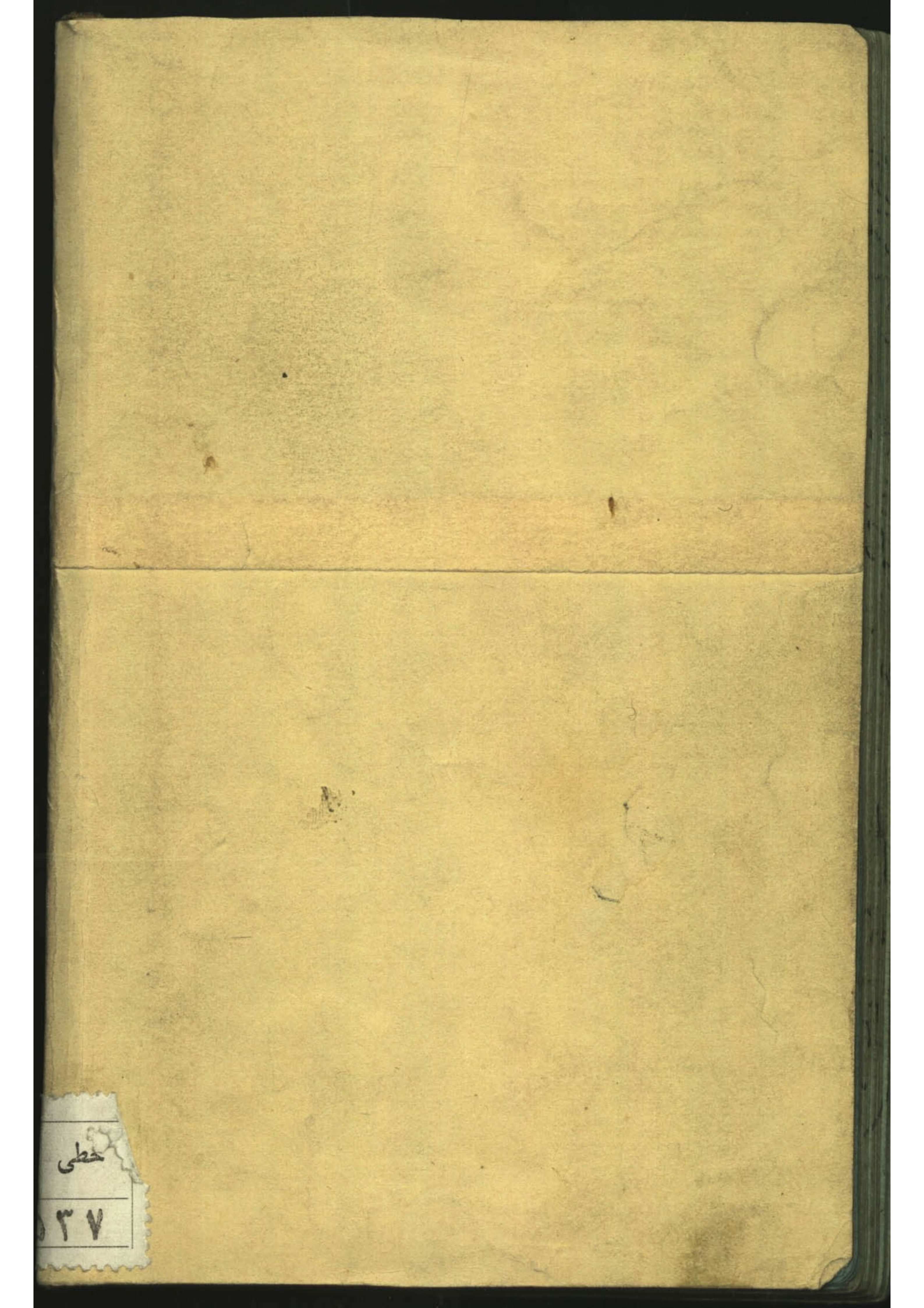
المدح والوصف وقد عرفت ضعفها انه منظور فيه لان المؤمن قد يشترط الفاسد اما جهلا

بالفساد او لاقتضاء المقام اشتراطه حين وجود زمان الاتيان به لا يأتي به

مع ان الوارد في كثير من الروايات المسلمون عند شروطهم فيكون الاحتمال المذكور فيه اضعف لان
المدح انما هو للمؤمنين وفيه نظر ظاهر اذ المؤمنون ليس بمعنى المعتقدين بل من امن بالله ورسوله
وذلك بعينه معنى المسلمين ايضا ولم ار احدا صرح بان المؤمنين معناه المعتقدون من المكلفين بل
ورد ان المؤمن هو الذي يعتقد امامة الائمة ع وبطلان غيرهم وان المسلم من امن بالله ورسوله
وبهذا المعنى ايضا لا يوجب ان يكون كل مؤمن معتقدا لانا نرى العيان كثيرا من جهال الشيعة وفسقتهم
مشغولين بالمعاصي الصغيرة بل الكبيرة ايضا كشرب الخمر سلمنا لكن ارادة المدح والوصف لا يوجب حمل
عند المحققين وعلماء الاصول هذا فالى ان قوله ع الا من عصى الله علي يدل على ارادة المدح مستثنى منقطع
عن المؤمنين ومقتضاه لزوم العصيان بمخالفة الشرط وهو معنى الوجوب وفيه نظر واضح لان المراد
في قولهم الا من عصى الله انهم عند كل شرط شرط يشترطونه الا اذا كانوا عاصين باتيان الشرط
فلا يصح هذا الشرط منهم ولو كان معناه انه يجب عليهم الوفاء بشروطهم الا اذا كان عاصيا بتركه
فلا يجب عليهم الوفاء وبطلانه غني عن البيان لان الوجوب باق على جميع الاحوال حتى حالة تعمد
ترك الاتيان به وكل ذلك يبعد مع ما ذكر من لزوم العصيان بالمخالفة لو اريد به الحكم وجعل مستثنى منقطعا
فيه تامل لانه لو قيل المؤمنون عند شروطهم الا عند شرط يعصي به فلا يدل على الوجوب بل على الرجحان
وان اريد به الا من عصى الله في الشرط بان شرط ما خالف الكتاب فهو ايضا لا يناسب المدح
وفيه نظر لان المراد من شرط مخالف الكتاب شرط مع عدم العلم بانه غير سائغ في الشرع
ومن عصى الله عصاه بالاتيان به لا انه عصاه بنفس الشرط اذ قد يكون جاهلا او المقام
مقتضيا له مع القصد لا لعدم الاتيان به ولا يتصور عليهما معصية اما على الاول فظاهر
لان في نزع العلم بكونه معصية واما على الثاني فلان المقام المقتضي للاشتراط يعارض كونه عصيانا للعلم
ويرد عليه ما سبق من ان ذلك بنا في ظاهر الاستثناء وفيه ان المدح والوصف لا ينافي العموم
ولا احتياج عليه مع ارادة الحكم هو مسلم لكن لا حاجة في ارادة الحكم والمدح جميعا لان ترك
الصلوة الفريضة في اوقاتها يستحق المدح ولا في ارادة الرجحان مع المدح ولا تخصيص بالوجوب
هذا مع ان فهم العلماء عصرا بعد عصر في جميع ابواب الفقه اعظم شاهد على ذلك فيه ان اتفاق جميع
العلماء الوجوب منهم ممنوع والاما وقع بينهم الخلافات الثلثة سلمنا لكن فهمهم منه الوجوب لعله بقرينة تعين فهمه
ولم نقف عليه من قدح في ذلك فيه الكلام المتقدم عليه بل يظهر من ناقلهم بعض الاخبار المذكورة
فيه هذا اللفظ ويظهر من بعض الاخبار الاتية ايضا ان المراد منه الوجوب ونحن نتكلم في هذا البحث ايه

في موضع ذكره ان صوابا فاتبعه وان خطاء فاخالفه وقد مر رواية اسحق بن عمار ان الله علي ع قال
حيث ذكر فيها انه ان شرط لها الزوج فليف لها ولذلك يقول ان الشرط في النكاح صار جزءا
في المهر وهو واجب الوفاء به فكذا جزؤه ايضا ثم ان لفظ الشرط ان صح في غير العقد لا مطلقا
لم تثبت فيه حقيقته شرعية بل عليه رأي المصنف ره ثبوتها في العبادات الشرعية كالصلوة والزكوة
واي عين يشهد لها مطلقا [illegible] وقد ذكرنا ان ما له حقيقة العرفية الى
الالزام والالتزام او ما يتعلق بما فيه المشروط ونحن نوافق المصنف ره في عدم ثبوت حقيقة شرعية له
لانه ليس من الالفاظ الشرعية الا ان بعض المحققين ذكر ان المعاملات كانت ثابتة قبل زمان الشرع
فالشرط جزء لها هو فالشرعية وهو الاصح فيشمل كل ما التزمه شرعا من صلح وعهد او نذر
او غير ذلك لصدق كل من هذين المعنيين لا سيما اولها على كل واحد من هذه الشرائط
ومنها الالتزام في ضمن العقد سواء علق لزوم العقد واستمراره عليه وذلك كما في العقد اللازم
ام لا وذلك كما في العقد الجائز وذكر المراد بتعليق لزوم العقد على الشرط اذا كان العقد لازما
او تعليق اصل العقد عليه وان كان لا زما محتمل لكنه بعيد وان كان صحيحا ومن طريق انها
عقد ظاهره ان الحديثين العامين من طرق العامة لكنها من النصوص المشتهرة بين الاصحاب
ملاحظة الكليني ره والشيخ ره في الصحيح عن عبد الله بن سنان عن ابي عبد الله ع قال سمعته يقول
من اشترط شرطا مخالفا لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذي شرط عليه والمسلمون عند شروطهم
فيما وافق كتاب الله عز وجل ومقارنة الشرط الموافق له بالشرط المخالف الغير الجائز
ان تدل على وجوب الوفاء بالشرط السائغ الا انها تدل على الرجحان والوجوب مشكوك
فيه حينئذ فيحمل على اللزوم ومما رواه الشيخ ره في الصحيح عن عبد الملك بن عتبة قال
سئلت ابا الحسن موسى ع عن الرجل ابتاع منه متاعا على ان ليس علي منه وضيعة هل
يستقيم هذا وكيف يستقيم وحد ذلك قال لا ينبغي الظاهر المتبادر من مثل هذا الكلام
وان كان الكراهة لكن الظاهر هنا ان المراد نفي الجواز الشرعي بنفع كونه باطلا شرعا
ولا يدل على وجوب الوفاء في باب المقارنة بالحرام لان المعدوف لبقائه ايضا كالواجب
وعن جميل بن دراج عن بعض اصحابنا والحديث مرسل فلو سلم دلالته على الوجوب فسنده
ضعيف عن احدهما ع في رجل اشترى جارية وشرط لاهلها ان لا يبيعها ولا يهب ولا
يورث قال يفي بذلك الا الميراث لانه يخالف لمقتضى العقد المطلق وللكتاب
والسنة والاجماع وفيه اشارة الى ان بطلانه لا يكون ببطلان العقد

مع استشكال العلامة في البطلان وذكر ان وجه تعلل المحقق هذه الرواية بناء على ذلك
الاعدام لا اثبات فانه في قوة شرط عدم سببه لحصول الملك الشرعي ولا يجوز تخلف المسبب عن سببه التام
لا يصح اشتراط عدمه لان الشارع جعله لازم الوجود وواجبه فلا يكفي لنا جعله معدوم الوجود اصلا
وصحيحة محمد بن قيس عن الباقر ع في رجل تزوج امرأة وشرط لها ان هو تزوج عليها امرأة
او هجرها او اتخذ عليها سرية فهي طالق لمن جعل الطلاق مشروطا بالارادة في امثال تلك الامور
فقضى ع في ذلك ان شرط الله قبل شرطكم فان شاء وفى لها ما اشترط وان شاء امسكها واتخذ
عليها ونكح عليها فان الرواية صريحة في بطلان الشرط لا يوجب بطلان العقد والا لما
جاز له الامساك لبطلان ما شرط لها ويمكن ان يؤيد بطلان كون الشرط جزءا في الحقيقة في العقد
قوله وهي طالق الضمير راجع الى الزوجة المشروط لها كما لا يخفى لوضوح انها شرطت عليه ذلك
لئلا يتزوج عليها بامرأة فان تزوجها فتكون هي طالقة لانها لا يمكنها التعيش مع الضرة
وليس راجعا الى الزوجة الثانية المتزوجة على الاولى لان نكاحها لازم لانه لم يشترط لها شيئا اصلا
وظاهر ان الشرط اي شرط نكاح الزوجة المشروط لها لا شرط الطلاق لوضوح بطلانه
هو عدم التزويج والتسري بامرأة اخرى ولو بالتمتع وطلاق الزوجة مبني على هذا المشروط
وفيه نظر لان الزوج لم يكلف بان لا يتزوج عليها بامرأة او يتسرى فلم يطلقها بل جعل بدء الامور
شرطا لصيرورتها مطلقة او لطلاقها خلافا لا بين لا حقيقة ولا تاويلا او كلاهما في فساد هذا الشرط
قدس سره قد علمت الوجه الحق في بطلانه وضعف ما علل المصنف بطلانه به سابقا فتذكر فساد التيمن ايضا
واضح لان تحققها فرع صحة ما تعلق به لغو كونه راجحا شرعا ولو جعل الطلاق شرطا كما
الظاهر الصحيح في العبارة ولو جعل مشروطا بقرينة المطلق قوله فيتم ايضا مضافا الى ما عرفته سابقا
لكن الطلاق المعلق على التزويج عليها بامرأة او التسري بها ايضا فاسد باجماع الشيعة
كما لا يخفى لان الطلاق ليس شرطا لعدم التزويج بل هو مسبب عنه حسبما اشرنا اليه والظاهر
من الرواية هو الاول في المعنيين اي شرط النكاح عدم جميع تلك الشروط الثلثة وصحيحة
الاخرى عنه ع قال قضى علي ع في رجل تزوج امرأة واصدقها واشترطت ان بيدها الجماع
والطلاق قال ع خالفت السنة وكل شرط خالف السنة لا شرعا فكذا هذا الشرط ايضا
ووليت الحق في الولاية من ليس باهله لان امرها الى الزوج شرعا فهو المتولي لها في الشرع
قال ع فقضى علي ع ان على الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق وذلك



خطی
۳۷